

ACESSO À JUSTIÇA

WILSON ALVES DE SOUZA



DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [lelivros.love](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



ACESSO À JUSTIÇA
WILSON ALVES DE SOUZA



ACESSO À JUSTIÇA

Wilson Alves de Souza

- Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA;
- Professor Pesquisador da União Metropolitana de Educação e Cultura – UNIME;
- Professor convidado da Universidad de Buenos Aires – UBA e
- Juiz Federal.

Acesso à justiça

ACESSO À JUSTIÇA

Salvador, Bahia, Brasil

2013

Direitos autorais:

Reservados, segundo legislação em vigor, à Editora Dois de Julho.

Capa:

Valnei Mota Alves de Souza.

Diagramação eletrônica:

Couto Coelho – coutovsk@yahoo.com.br

Editora Dois de Julho

• www.editoradoisdejulho.com.br

Conselho Editorial

- Andrea Gastron (UBA-AR)
- Antonio Adonias Aguiar Bastos (UFBA-BR)
- Cynthia de Araújo Lima Lopes (UFBA-BR)
- João Glicério de Oliveira Filho (UFBA-BR)
- João Marinho da Costa (UCSAL-BR)
- Johnson Barbosa Nogueira (UFBA-BR)
- Fábio Periandro de Almeida Hirsch (UFBA-BR)
- Luiz Antonio dos Santos Bezerra (UESC-BR)
- Marta Biagi (UBA-AR)
- Paulo César Santos Bezerra (UFBA-BR)
- Ricardo Rabinovich-Berkman (UBA-AR)
- Valnei Mota Alves de Souza (UNIJORGE-BR)
- Vallisney de Souza Oliveira (UNB-BR)
- Wagner Mota Alves de Souza (IBAPEJ-BR)
- Washington Luiz da Trindade (UFBA-BR)
- Wilson Alves de Souza (UFBA-BR) – Presidente.

Souza, Wilson Alves de

S729 Acesso à justiça / Wilson Alves de Souza. – Salvador: Dois de Julho, 2013.

370 p.

ISBN: 978-85-65057-08-0

1. Direito. 2. Acesso à justiça. I. Título.

CDD – 347.017

Dedico este trabalho a meu pai Esperidião Alves de Souza (in memoriam), à minha mãe Antonia Ferreira de Jesus, à minha esposa Josefa Francisca Mota Souza, aos meus filhos Wagner Mota Alves de Souza, Valnei Mota Alves de Souza, Vera Leilane Mota Alves de Souza e ao meu neto Arthur Marinho Alves de Souza.

Agradeço a João Marinho da Costa, Wagner Mota Alves de Souza, Valnei Mota Alves de Souza e Vera Leilane Mota Alves de Souza pela prestimosa colaboração na revisão do texto.

Sumário

[Prefácio para um grande livro 17](#)

[Introdução 21](#)

[Capítulo I](#)

[Acesso à justiça: conceito, problemas](#)

[e a busca da sua superação 25](#) 1. Conceito de acesso à justiça. Noções gerais..... 25 2. O problema educacional e o problema

[socioeconômico..... 26](#)

[2.1. Tentativas de solução..... 29](#)

3. O problema cultural..... 30

[3.1. Tentativas de solução..... 31](#)

[4. Mais uma vez o problema econômico: o custo do processo 33](#)

[4.1. Tentativas de solução..... 34](#)

4.1.1. Gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça, assistência jurídica e assistência judiciária)	34
4.1.2. Gratuidade da justiça: dispensa do pagamento de taxas, custas e qualquer outra despesa processual.....	45
4.1.3. Assistência jurídica e assistência judiciária gratuitas.....	52
4.1.4. Sobre a conveniência ou inconveniência da cobrança de taxa judiciária.....	57
5. Processo e tempo: o problema da duração do processo	59
5.1. Tentativas de solução.....	65
5.1.1. Instituição de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas	66
5.1.2. Instituição de órgãos jurisdicionais leigos ..	72
5.1.3. Incentivo à arbitragem.....	73
5.1.4. Política legislativa e hermenêutica judicial no sentido de facilitar a tutela jurisdicional dos direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos	75

Capítulo II

O acesso à justiça como garantia e direito

fundamental – dimensão constitucional

do princípio do acesso à justiça	79	1. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional.....	79
2. Direitos fundamentais. Visão geral.....	80		
3. Razões da caracterização do acesso à justiça como direito fundamental	82		
4. O princípio do acesso à justiça e sua relação com os demais princípios constitucionais	86		
4.1. Os princípios jurídicos. Visão geral.....	86		
4.2. O princípio do acesso à justiça e sua relação com outros princípios constitucionais gerais	92		
4.2.1. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio do Estado de direito	92		
4.2.2. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio democrático	94		
4.2.3. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da socialidade	100		
4.2.4. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da igualdade.....	102		
4.2.4.1. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.....	102		

Capítulo III

Acesso à justiça e problemas processuais em torno do princípio da

igualdade.....	109	1. Introdução.....	
109		2. Lei que concede privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes.....	110
3. Lei que concede privilégio de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita.....	113		
4. Lei que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao Ministério Público.....	114		

5. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos defensores públicos.....	120
6. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do Ministério Público	121
7. Lei que concede prioridade de julgamento nos processos em que o idoso figure como parte	122
8. Lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado.....	124
9. Lei que concede tratamento diferenciado..... em favor dos necessitados em caso de condenação em honorários de advogado.....	126
10. Lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público com relação a adiantamento de despesas processuais	127
11. Lei que concede privilégio ao necessitado com relação às custas e despesas processuais.....	129
12. Lei que isenta o autor de adiantamento de despesas processuais e do ônus da sucumbência nos casos de ação popular e ação civil pública	129
13. Tratamento diferenciado entre réus com relação aos efeitos da revelia	132
14. Lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais .	135
15. Lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.....	136

Capítulo IV

Acesso à justiça e o princípio

do processo devido em direito 139

Introdução.....	139
2. Fundamento constitucional do princípio do processo devido em direito.....	139
3. Amplitude do princípio do processo devido em direito . .	140

Capítulo V

Acesso à justiça e o princípio do juiz natural 143

1. Introdução.....	143
2. Conteúdo do princípio do juiz natural	143
3. O princípio do juiz natural e conceito de autoridade competente: falta de jurisdição e falta de competência. 148	
4. O princípio do juiz natural e a ideia de juiz do lugar....	151
5. O problema dos atos processuais praticados por juiz afastado em face do princípio do juiz natural.....	152
6. A unidade do juiz natural.....	153
7. Sobre a substituição de juízes e convocação de juízes de órgão inferior para atuar em órgão superior em face do princípio do juiz natural.....	153
8. Sobre o denominado “esforço concentrado” em face do princípio do juiz natural.....	154
9. Sobre a distribuição de processos em face do princípio do juiz natural.....	155
10. Sobre a avocação e a suspensão de processos em face do princípio do juiz natural.....	158
11. Sobre a exclusão de juiz do processo e o desaforamento de causas em face do princípio do juiz natural.....	159
12. Sobre os atos de supressão ou de modificação de competência de órgão judiciário em face do princípio do juiz natural.....	161
13. Sobre a cláusula contratual de competência	

de foro em face do princípio do juiz natural	161	14. Sobre a atribuição de poder jurisdicional a particulares fora dos casos previstos na constituição em face do princípio do juiz natural.....	162
suspeita de parcialidade.....	163	15. Violação ao princípio do juiz natural e	
Capítulo VI			
Acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional			
165			
1. Introdução.....	166		
2. Conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	166		
3. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e os pressupostos processuais	167		
4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as denominadas condições da ação	168		
5. Função jurisdicional no contexto da doutrina da separação de poderes, em confronto com as demais funções do Estado.....	178		
5.1. A doutrina da separação de poderes.....	178		
5.2. Órgão e função: o problema da função típica de um Poder ser exercida por outro Poder	184		
5.2.1. Órgão e função: o problema especial da função legislativa exercida por órgão judicial nos sistemas jurídicos que instituem jurisprudência vinculante	187		
5.3. Órgão e função: o problema da função jurisdicional exercida por órgão não judicial.....	189		
5.3.1. Introdução	189		
5.3.2. Características da função jurisdicional.....	190		
5.3.3. O controle abstrato de constitucionalidade das leis e demais atos normativos	192	5.3.3.1. Controle (abstrato e difuso) de convencionalidade das leis e atos normativos.....	194
5.3.3.1. Controle (abstrato e difuso) de convencionalidade das leis e atos normativos.....	194	5.3.4. Função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo.....	196
5.3.4. Função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo.....	196	5.3.5. O controle das contas dos agentes políticos e demais gestores das verbas públicas.....	206
5.3.5. O controle das contas dos agentes políticos e demais gestores das verbas públicas.....	206	5.3.6. O contencioso administrativo	209
5.3.6. O contencioso administrativo	209	5.4. Sobre a condição do controle jurisdicional após o esgotamento de outras vias (jurisdição condicionada).....	212
5.4. Sobre a condição do controle jurisdicional após o esgotamento de outras vias (jurisdição condicionada).....	212	5.4.1. O problema dos litígios desportivos no plano interno como exemplo de jurisdição condicionada.....	213
5.4.1. O problema dos litígios desportivos no plano interno como exemplo de jurisdição condicionada.....	213	5.5. Sobre a afastabilidade do controle jurisdicional estatal	220
5.5. Sobre a afastabilidade do controle jurisdicional estatal	220	5.5.1. Introdução	220
5.5.1. Introdução	220	5.5.2. Solução arbitral por ato bilateral	220
5.5.2. Solução arbitral por ato bilateral	220	5.5.3. O problema da chamada arbitragem necessária.....	222
5.5.3. O problema da chamada arbitragem necessária.....	222	5.6. Sobre a afastabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional em face de determinados atos ou relações	224
5.6. Sobre a afastabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional em face de determinados atos ou relações	224	5.6.1. Introdução	224
5.6.1. Introdução	224	5.6.2. Os atos políticos.....	225
5.6.2. Os atos políticos.....	225	5.6.3. Os direitos sociais, econômicos e culturais .	233
5.6.3. Os direitos sociais, econômicos e culturais .	233	5.6.4. O mérito do ato administrativo	238
5.6.4. O mérito do ato administrativo	238	5.6.5. Os atos <i>interna corporis</i>	240
5.6.5. Os atos <i>interna corporis</i>	240	5.6.6. Relações sem qualificação jurídica. Retorno às denominadas condições da ação e aos pressupostos processuais: a impossibilidade jurídica do pedido em situação de evidência como pressuposto processual	246
5.6.6. Relações sem qualificação jurídica. Retorno às denominadas condições da ação e aos pressupostos processuais: a impossibilidade jurídica do pedido em situação de evidência como pressuposto processual	246		
Capítulo VII			

Acesso à justiça e os princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à produção de prova obtida por meios lícitos	249	1.
Introdução.....	249	2. Conteúdo jurídico dos princípios do contraditório e
da ampla defesa.....	250	3. Aplicação dos princípios do contraditório e da
ampla defesa em relação a terceiros (extensão subjetiva).....	251	4. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o
Ministério Público enquanto fiscal da lei	251	5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa
e os terceiros que atuam no processo como colaboradores do Poder Judiciário.....	252	6. Princípios do contraditório e da ampla defesa e
efetivo contraditório e efetiva defesa	253	7. O problema do julgamento liminar em desfavor do
postulante em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa.....	257	8. Sobre a possibilidade de violação aos princípios
do contraditório e da ampla defesa em relação ao postulante no caso de julgamento liminar em desfavor deste.....	259	9. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o
direito de réplica.....	262	10. Os princípios do contraditório e da ampla defesa em
confronto com o princípio da utilidade dos prazos.....	262	11. Os atos de comunicação processual em face dos
princípios do contraditório e da ampla defesa.....	263	12. Os recursos, em especial os embargos de declaração, em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa
	270	13. As decisões liminares provisórias (cautelar
ou antecipatória) em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa.....	271	14. O direito à produção da prova em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório.....
	273	
14.1.Os princípios do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção da prova lícita e o problema da prova emprestada	276	
14.2.Direito de acesso à justiça e o princípio da proibição de produção de prova obtida por meios ilícitos.....	279	

Capítulo VIII

Acesso à justiça e o princípio da publicidade dos atos processuais

.....	283	1. Introdução.....
283		2. Conteúdo do princípio.....
	283	

Capítulo IX

Acesso à justiça e o princípio

da fundamentação das decisões judiciais

	287	1.
Introdução.....	287	2. Qualificação da motivação das decisões

judiciais	
como princípio jurídico	288
3. Motivação da sentença na perspectiva dos direitos fundamentais.....	289
4. Motivação da sentença frente à trilogia estrutural do processo.....	291
5. Definição e conteúdo da motivação.....	292
6. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incompleta.....	293
7. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incongruente.....	294
8. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sem razoabilidade	294
9. Conteúdo da motivação e o problema da motivação ininteligível	295
10. Conteúdo da motivação e o problema da motivação <i>per relationem</i>	295
11. Conteúdo da motivação e o problema da motivação <i>aliunde</i>	298
12. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sucinta	299
13. Conteúdo da motivação e o problema da chamada motivação implícita.....	302
14. Caracterização da decisão imotivada	304

Capítulo X

Acesso à justiça e o princípio da recorribilidade

com duplo grau de jurisdição 315 1.

Introdução.....	315 2. Recorribilidade com duplo grau de jurisdição como
princípio processual constitucional.....	316 3. Ponderação entre os valores segurança e celeridade;
limitação da recorribilidade com duplo grau de jurisdição aos casos de gravame objetivo como regra...	319

Capítulo XI

Acesso à justiça e o princípio do processo em tempo razoável

.....	323 1. Introdução.....
323 2. Conteúdo do princípio do processo em tempo razoável	325 2.1. Indeterminação do conceito.....
325 2.2. Identificação da razoabilidade temporal do processo	325 2.3. Titularidade do direito ao processo em tempo razoável, legitimação e interesse para agir em relação a esse direito.....
327 2.4. Destinatários do dispositivo constitucional que consagra o princípio do processo em tempo razoável	329

Capítulo XII

Acesso à justiça e o princípio

da efetividade das decisões	337
Introdução.....	337
2. Acesso à justiça e eficácia das decisões em confronto com os princípios do contraditório e da ampla defesa.....	338
3. Acesso à justiça e eficácia das decisões nos processos em que o bem da vida sofre limitação temporal: o problema do julgamento em tempo suficiente.....	340
4. Acesso à justiça, eficácia das decisões e tempo: o problema do fato consumado	342
5. Acesso à justiça e eficácia das decisões contra o Estado: o problema do descumprimento das decisões judiciais por agentes do Estado	345
Referências	355
Prefácio para um grande livro	

Em frente ao *in folio* de 318 laudas, escritas pelo abalizado Magistrado Federal e Mestre – Doutor de nossa UFBa, Wilson Alves de Souza, a memória já desbotada pelo tempo levou-me aos longes da mocidade, quando ouvira embevecido as lições de mestres consagrados, que prepararam os fundamentos do meu espírito frente à dúvida estoica de que o Direito é um fenômeno tão largamente social quanto o da língua culta manejada com segurança.

Um deles, Nestor Duarte, vendo a cachoeira de Paulo Afonso, disse: “ante esta catástrofe geológica eu sinto a mudez inicial do espanto”.

Logo lembrei-me do velho Camilo Castelo Branco que dissera sentir “a rouquidão afônica do pavor” em frente algo inusitado.

Foi assim que recebi a honra de prefaciar o livro notável de Wilson Alves de Souza sobre o espantoso tema do Acesso à Justiça. Já decorridos mais de três séculos que as caravelas dos navegadores portugueses trouxeram, no seu bordo, homens e armas e o exemplar das Ordenações do Reino na versão Manoelina e depois Filipina, que iriam reger a vida no mundo descoberto.

As relações humanas que se travaram à época seguiam um modelo metafísico de atos e procedimentos ora abstratos, ora fictícios que tinham força executória, dotados de exigibilidade montada no monopólio estatal de acesso e distribuição da Justiça. Tais atos afetados de coação ditados pelo poder político traduziam o ideal de que a razão não é de ninguém, mas corresponde a um conjunto de esquemas operatórios, criados pelo Estado, na suposição de servirem ao homem enquanto indivíduo no uso dos bens da vida ao seu alcance (cfr. **Tratado da Metafísica**, Georges Gusdorf, Cia. Editora Nacional).

O autor enfrenta em doze capítulos a questão crucial do nosso processo metafísico e a entrega da prestação solicitada pelos conflitos interindividuais; e mais ainda a questão entre a Justiça comutativa e a Justiça distributiva; entre o ego e suas circunstâncias e a regra ditada pelo Estado; enfim a letra fria da Lei e o ideal de uma economia de acomodação capaz de preencher as lacunas normativas.

Na verdade, em face do imobilismo da Lei e a velocidade de mudança das circunstâncias econômicas que nos engessam nas inadiáveis necessidades da vida moderna, o Juiz recorre a princípios e a ideais que ajudam a fechar lacunas do Direito positivo, tal como ensina Renzo Tosi no seu precioso “**Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**” (editora Martins Fontes) que explicam boa parte da principiologia moderna.

É certo que um princípio, uma sentença ou uma gnoma atestados pelo tempo não são um ideal que empolgue o Juiz, mas o conduza a decidir “empenando” a Lei para criar uma prestação jurisdicional que

mais atenda à economia de acomodação como previram Galbraith, ao redigir aos 96 anos seu último livro, e o **Teorema de Coase** (Ronald Harry Coase), flexibilizando a escolástica processual das odiosas reparações completas, rasas, integrais ante a prova do rompimento do tecido social por ato ilícito de outrem. Aqui o vencido fica desnudo e o vencedor esfarrapado pelas despesas processuais e advocatícias.

Há pouco tempo o ilustre Ministro do STF, Ayres de Brito, teve firmeza de caráter para declarar que o STF estava julgando por princípios (v. Jornal da ANAMATRA nº 136, ano 2010), o que equivale a dizer por uma principiologia recente nascida das lacunas legais, ora da Constituição Federal, ora das circunstâncias econômicas que “empenam” visivelmente o critério legal.

Fica evidente que não se trata mais de uma Principiologia atestada pelo tempo e sim de uma *principionomia*, eis que o Direito (*Nomos*) nasce de uma necessidade socialmente sentida que transforma o Princípio em Lei.

Acesso à justiça 19

O autor, experimentado Juiz, deixa entrever que, ao entregar uma prestação judicante, o Princípio secular do Acesso à Justiça leva alguns juízes ao abandono da regra de que o Direito é a norma socialmente sentida e cedem às regras metafísicas do Direito Processual aplicando mecanismos de emergência, tal como a antecipação da tutela que desborda o Princípio antigo do contraditório, do Direito de defesa prévia.

Em recente entrevista o jurista italiano Gustavo Zagrebelski, estudando a nova face do Poder, diz que esse aspecto marcado pela defesa de interesses pessoais fere a Sociedade e o Estado (v. Revista ANAMATRA, páginas 44 a 49, nº 60, 2010).

Por outro lado, queixam-se os que sofrem da morosidade da Justiça, seja pelo processo medieval pseudológico, seja pelos entraves ao acesso à Justiça à custa do protecionismo estatal e do seu monopólio de jurisdição.

Há que abrir espaço para a arbitragem em certos setores, sobretudo no societário-empresarial que se ajusta bem às regras da arbitragem no mercado de capitais, bolsa de valores e à instância de complexidade do capital invisível que não podem esperar pelo tecnicismo da metafísica processual (cfr. Lei de Mercado de Capitais).

Tudo isso começa e termina com duas palavras mágicas que o Autor, experiente jurista, tomou para sua bela e substanciosa exposição.

Prolfaças ao Juiz Wilson Alves de Souza, patriarca de uma família de juristas, Wagner e Valnei, meus discípulos brilhantes e Vera Leilane que desabrocha para o Direito com a força das Rosas de Rilke: “não edifiqueis monumentos, deixai a Rosa florescer na sua glória”.

Salvador, março, 31, 2011.

Washington Luiz da Trindade Des. do TRT da 5ª Região. Professor Emérito da UFBA.

Introdução

Estamos convencidos de que o poder e o direito são inerentes à convivência humana em sociedade, de maneira que não acreditamos em sociedade humana sem poder político e sem sistema jurídico.

A causa deste dado sociológico está na especificidade da condição humana. Dito de outro modo, tal causa está, de um lado, no fato de o homem conhecer-se a si próprio e ter liberdade para agir e tomar decisões sobre sua própria vida; de outro lado, no fato de o homem ter necessidades e interesses ilimitados, enquanto os bens da vida existentes na face da terra são limitados, não importando se essas necessidades são primárias (indispensáveis) ou secundárias (criadas a partir de fatores culturais).

Sob outro ângulo, os homens são semelhantes, mas ao mesmo são desiguais. Essa desigualdade é marcada pela inevitável circunstância de que cada ser humano tem sua própria identidade como ser único e irrepetível na face da terra, com nossas diferenças, a começar por dados biológicos e físicos, mas também por circunstâncias criadas pelo próprio homem, ou seja, diferenças culturais, sob todos os aspectos imagináveis nesse contexto, e, principalmente, econômicas.

Em função desse conjunto de situações, a existência de conflitos entre os homens é inevitável. Daí a necessidade de ordenação da vida social por meio de um sistema de poder ou centro de poder e um sistema jurídico.

O sistema político e o sistema jurídico existem integrados, de maneira que quem detém o poder diz o que é o direito e impõe coercitivamente o que decidiu estabelecer como direito. Por isso mesmo, o direito, de um lado, mantém privilégios já existentes por quem tinha força para tanto, institui novos privilégios, numa contínua luta dialética de

22 Wilson Alves de Souza

tensão ante a pressão constante dos menos privilegiados na busca de melhores condições de vida, tudo numa dinâmica própria da vida humana em sociedade.

Seja como for, o sistema político – esse, numa sociedade complexa, institucionalizado de forma sofisticada sob forma de Estado, abstraindo-se a organização política internacional – e o sistema jurídico são fundamentais para a convivência social, na medida em que sem eles a vida social seria inimaginável. No entanto, tais sistemas não eliminam o conflito, mas é necessário ressaltar que o Estado presume existência de conflito em situações excepcionais.

Destarte, decidido genericamente a respeito dos bens da vida o que é o direito material, dá-se a realização voluntária deste. Isso é o que normalmente ocorre na sociedade. No entanto, como visto acima, o conflito não é eliminado. De outro lado, o Estado não tolera, salvo em situações excepcionais, a realização dos direitos por mão própria.

Com efeito, vedada que está a autotutela do direito material, o Estado há que garantir a realização desse direito quando violado ou ameaçado de violação. Surge, assim, a necessidade da jurisdição.

Ocorre que o exercício da jurisdição envolve, necessariamente, o direito de provocar a atividade jurisdicional estatal. De outro lado, o exercício do direito de ação e o exercício do poder-dever jurisdicional não têm funcionalidade sem regulamentação jurídica. Eis o processo e sua trilogia estrutural (jurisdição, ação, processo), eis o direito processual como regulamentador das condutas dos sujeitos que integram a relação jurídica processual (partes e Estado-juiz) e como mecanismo de realização autoritativa do direito material.

Nesse contexto, surge o direito de acesso à justiça, no sentido de que não basta falar em direito de ação, mas sim também, em síntese, no direito a decisão judicial razoavelmente justa, em tempo razoável e eficaz.

Acesso à justiça 23

Deste modo, e nesse contexto, passaremos a estudar o acesso à justiça no objetivo de identificar problemas que dificultam o exercício de tal direito e propondo tentativas de solução, passando por uma abordagem dogmática envolvendo discussão variada de temas em torno do assunto a partir do direito constitucional, mas centrada no direito processual.

Por fim, apresentaremos as conclusões ante os fundamentos desenvolvidos, tudo sem pretensão de esgotar o assunto, muito menos de ter nossas afirmações como certezas. Nosso propósito é acreditar que o quanto aqui estudado tem razoabilidade e pode ter alguma serventia na vida prática para quem se der ao trabalho de ler e analisar o que aqui se escreveu.

Acesso à justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação

SUMÁRIO : 1. Conceito de acesso à justiça. Noções gerais. 2. O problema educacional e o problema socioeconômico. 2.1. Tentativas de solução. 3. O problema cultural. 3.1. Tentativas de solução. 4. Mais uma vez o problema econômico: o custo do processo. 4.1. Tentativas de solução. 4.1.1. Gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça, assistência jurídica e assistência judiciária). 4.1.2. Gratuidade da justiça: dispensa do pagamento de taxas, custas e toda e qualquer despesa processual. 4.1.3. Assistência jurídica e assistência judiciária gratuitas. 4.1.4. Sobre a conveniência ou inconveniência da cobrança de taxa judiciária. 5. Processo e tempo: o problema da duração do processo. 5.1. Tentativas de solução. 5.1.1. Instituição de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas. 5.1.2. Instituição de órgãos jurisdicionais leigos. 5.1.3. Incentivo à arbitragem. 5.1.4. Política legislativa e hermenêutica judicial no sentido de facilitar a tutela jurisdicional dos direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos.

1. Conceito de acesso à justiça. Noções gerais

O conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sob o enfoque meramente literal, vale dizer, não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar postulação ao Estado-juiz, como se fosse suficiente garantir ao cidadão o direito à **porta de entrada** dos tribunais.

Em linhas gerais, do ponto de vista jurídico, o conceito **acesso à justiça** vai muito além do sentido literal. Significa também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz.

Com efeito, obviamente que há que se garantir a **porta de entrada**. O Estado terá que instituir órgãos jurisdicionais e permitir que as pessoas tenham acesso aos mesmos. Mas isso é elementar. Veja-se que o Estado praticamente monopolizou o poder jurisdicional, e isso a ponto tal que só excepcionalmente admite a arbitragem e, em regra, qualifica como crime o exercício da autotutela. Portanto, mais do que motivação jurídica, a colocação de tribunais à disposição das pessoas que deles necessita tem razão lógica.

Nesse ponto, se é indispensável a **porta de entrada**, necessário igualmente é que exista a **porta de saída**. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado-juiz sem o devido processo em direito, isto é, sem processo provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões, etc.

2. O problema educacional e o problema socioeconômico

O problema do acesso à justiça começa no plano educacional. Esse é o ponto de partida. Pode-se dizer que o acesso à justiça começa a partir da possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, os mecanismos para exercê-los, na medida em que o conhecimento dos direitos, em larga medida, passa inicialmente pela informação.¹ Esse é um problema que varia a depender do nível educacional do povo de cada país. A realidade é que o cidadão desprovido de educação normalmente ignora os direitos que tem, não sabe se seus direitos foram violados e nem como buscar tutelá-los em caso de violação. O Brasil, com sua massa de analfabetos,² sem contar os chamados analfabetos funcionais,³ é um péssimo exemplo, nesse ponto, de dificuldade de acesso à justiça.⁴

1. Nesse sentido, em termos, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, que acresce ser a informação também um ponto de chegada, quando muitas vezes o cidadão obtém direitos por via da tutela jurisdicional coletiva e desconhece que tais direitos foram tutelados. *In Acesso à*

É claro que tal problema é relativo, porquanto a depender da maior ou menor complexidade de

determinado conflito jurídico é possível que um analfabeto saiba o direito que tem e como tutelá-los jurisdicionalmente, e, de outro lado, uma pessoa com alto nível educacional, mesmo com formação jurídica, ignore seu direito. É que ninguém é ignorante a respeito de tudo, como também ninguém sabe tudo, mesmo no campo da sua especialidade do saber. No campo do direito não é diferente, sobretudo na atualidade quando o ambiente jurídico se torna cada vez mais complexo, inclusive pelo fato da expedição de atos normativos a todo momento.⁵ Nesse contexto, pode-se dizer que não é tão rara a hipótese de advogados prestarem má orientação aos seus clientes, fazendo postulações manifestamente descabidas ou deixando de postular direitos violados, ou juízes julgarem causas aplicando leis revogadas ou deixando de aplicar leis em vigor, tudo por mera ignorância. No entanto, é inegável que, em média, quanto maior o preparo educacional das pessoas maior a possibilidade do conhecimento dos direitos e de como tutelá-los jurisdicionalmente em caso de sua violação.

justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 57-58.

2. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil teve no ano de 2003, uma taxa de 11,6% de analfabetismo com relação a pessoas de 15 anos ou mais, para uma população estimada de 186.979.747 pessoas, conforme pesquisa realizada no site www.ibge.gov.br dia 26 de agosto de 2006. De acordo com os dados apurados no Censo de 2010, somos 190.755.799. Na faixa de idade de pessoas com 10 anos ou mais, somos 161.990.265, mas apenas 147.378.182 de alfabetizados. Vale dizer, nessa faixa de identidade temos 14.612.083 analfabetos. Pesquisa realizada no site www.ibge.gov.br, dia 17.05.2011.

3. Qualificamos como analfabetos funcionais aqueles formalmente alfabetizados, mas que são incapazes de compreender ou elaborar uma frase de menor complexidade ou de realizar operações aritméticas simples, em decorrência de deficiências do sistema fundamental de ensino.

4. Como afirma Donald Armelin: “O subdesenvolvimento com as suas sequelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia como maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isto implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos”. ARMELIN, Donald. **Acesso à justiça.** In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Junho, 1989, vol. 31, p. 181.

Muito pior, sem dúvida, é a situação dos indigentes, deserdados do mundo, párias da sociedade, que vivem na miséria absoluta, que não sabem de onde vieram nem sabem para onde ir. Esses, como diz com expressividade Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “não têm condições sequer de ser partes – **os “não partes” são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade**, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”.⁶

Deste modo, a falta de informação está estritamente ligada à condição socioeconômica das pessoas. Há uma evidente tendência a que quanto maior o nível de pobreza das pessoas mais baixo o seu status social e menor o nível de informação.⁷

5. Como assinalado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeções a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

6. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça...**, cit., p. 58.

7. Como percebido por Boaventura de Sousa Santos, “quanto mais baixo é o estrato socio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou

Percebe-se, assim, que o problema da informação está relacionado com o princípio democrático, na medida em que quem não está informado dos seus direitos não tem como exercê-los, vale dizer, não participa da vida democrática, de maneira que em relação a essas pessoas, nesse passo, simplesmente não existe democracia.⁸

2.1. Tentativas de solução

A tentativa de solução deste problema está nas políticas governamentais, em investimentos maciços e bem orientados em educação e numa melhor divisão da renda do país de modo a que todos os cidadãos tenham condições dignas de vida. Esse talvez seja o mais relevante dado para melhorar o acesso à justiça. É que estamos convencidos de que, em geral, quanto mais economicamente desigual, quanto

menos educada e informada uma sociedade maior a existência de conflitos entre seus componentes. Aliás, a democracia começa aí. Só se pode afirmar que um Estado é efetivamente democrático se ele oferece iguais oportunidades a todos os seus cidadãos; e a tentativa dessa igualdade começa pela disponibilidade de acesso à escola pública gratuita e de qualidade a todos que não podem pagar, porque evidentemente que mais para frente será disparatada a diferença de oportunidades na vida entre aqueles que frequentaram e aqueles que não frequentaram escolas de qualidade. Assim, também não podemos afirmar como efetivamente democrático determinado Estado que imprima política econômica fundada numa elevada desigualdade da renda. Não se pode, é óbvio, exigir uma divisão econômica absoluta entre as pessoas. Os seres humanos são semelhantes, mas ao mesmo tempo são diferentes sob diversos aspectos. No entanto, não se pode tolerar o aprofundamento dessas diferenças por força de política econômica que ao invés de avançar para reduzir as desigualdades entre as pessoas aprofunda essas desigualdades. Determinados governantes não pensam e não agem globalmente, ou seja, não se dão conta, como visto acima, de que aquilo que se deixa de investir em educação exige investimento maior *a posteriori* em saúde, em segurança pública, em justiça, etc.

trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, vol. 37, p. 127.

8. Nesse sentido, MORELLO, Augusto Mario. **El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación**. In *Participação e processo* (Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 166-179. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 37.

3. O problema cultural

O problema cultural também afeta gravemente o direito de acesso à justiça e também se relaciona diretamente com o problema educacional e com o problema socioeconômico, embora em menor extensão.

A própria profissão de advogado, por envolver contrato de mandato para a defesa de interesses pessoais, gera alguma desconfiança dos clientes. Muita gente deixa de contratar advogado por falta de confiança. Essa cultura da desconfiança sem dúvida que é mais marcante na população mais pobre. Isso significa dizer que há uma tendência a que este problema se mostre mais acentuado em países subdesenvolvidos, mas também está presente em países em desenvolvimento ou mesmo desenvolvidos.⁹ Trata-se, pois, de questão de cultura impregnada no seio de determinada sociedade. Essa desconfiança se agrava quando eventuais desvios éticos e jurídicos de advogados, a exemplo de não prestação de contas a clientes e patrocínio infiel, nem sempre são punidos pelos órgãos encarregados de fiscalizar o exercício da advocacia.

9. Informam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que pesquisa realizada na Inglaterra revelou que até onze por cento dos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado. In **Acesso à justiça**. Cit., p. 24. Convenhamos que este percentual, a se considerar os padrões educacionais e socioeconômicos da Inglaterra, é bastante elevado.

O fator **desconfiança** não se limita aos advogados, é dizer, expande-se também aos agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público. Muitas pessoas simplesmente não acreditam na imparcialidade de tais agentes.¹⁰ Aqui também há um agravamento da desconfiança quando os órgãos encarregados de fiscalizar juízes e membros do Ministério Público deixam de punir eventuais desvios éticos e jurídicos por alguns deles praticados, muitos gravíssimos, a exemplo de venda de sentenças ou pareceres para auferir dinheiro ou agradar aos donos do poder no objetivo de obter alguma vantagem.

Outro problema cultural está no plano dos próprios agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público, os quais, muitas vezes, fechados em si mesmos, carregados de cerimônias e formalidades desnecessárias, como as vestes talares, intimidam os cidadãos mais humildes, o que contribui muito fortemente para dificultar o acesso à justiça. Seguramente o respeito que os agentes do Poder Judiciário estão a merecer dos jurisdicionados não está na preservação dessa cultura ultrapassada, mas sim numa prestação jurisdicional justa, ética e eficiente.

3.1. Tentativas de solução

Como visto acima, a busca da solução do problema econômico e do problema educacional certamente que contribuirá pesadamente para minorar o problema cultural. A realidade, no entanto, é que problema cultural é de difícilíssima solução. A cultura de um povo não muda da noite para o dia.

Sem dúvida que a solução aqui está na dura, difícil e constante tarefa de se exigir conduta ética a todos os cidadãos, e em particular a todos os chamados operadores do direito. De outro lado, não há dúvida de que em caso de eventuais desvios éticos o efetivo funcionamento dos órgãos de fiscalização do exercício da advocacia, do Ministério Público e da magistratura no sentido de punir rigorosamente tais desvios em muito contribuirá para estabelecer a confiança daqueles que necessitam de acesso à justiça (como clientes, em relação aos advogados; como jurisdicionados, em relação aos juízes, membros do Ministério Público e servidores).

10. Pesquisa realizada no nordeste brasileiro revelou que 84,6% dos entrevistados se sentiriam mais seguros de alcançar a justiça para o seu caso se pudessem escolher um árbitro de sua confiança para decidir no lugar do juiz porque o árbitro é pessoa conhecida. Cf. BEZERRA,

A cultura impregnada no âmbito dos tribunais com a prática de desnecessárias formalidades, a exemplo das vestes talares é muito antiga. Certamente que esta cultura não mudará instantaneamente. De tão antiga que é, de tão arraigada que está certamente que demandará muito tempo para mudar. A exigência do uso de vestes talares pelos magistrados em determinados meios chega a ser exigência legal.¹¹ Poderá parecer que este venha ser um assunto de menor importância. No entanto, a verdade é que tais formalidades, de um lado, em nada ajudam para a eficiência da prestação do serviço jurisdicional e, de outro lado, conforme salientado acima, contribuem para dificultar o acesso à justiça, na medida em que servem para intimidar o cidadão humilde e, assim, afugentá-lo mais ainda do ambiente judiciário.

Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269. Não há como negar que o percentual encontrado nessa pesquisa é bastante elevado, a exigir maior reflexão em torno desse problema, na medida em que a imparcialidade do juiz é essencial para a credibilidade da função jurisdicional no seu objetivo de manutenção da paz social. Com relação aos agentes do Ministério Público exige-se dos mesmos uma conduta de imparcialidade quando estão a atuar no processo como *custos legis*, além do que quando atuam como parte não se encontram no mesmo plano de liberdade dos advogados das partes, não sendo outra a razão pela qual as leis processuais prescrevem casos de suspeição e impedimento de tais agentes também nessa qualidade (Cf. CPC brasileiro, art. 138, I).

11. No direito brasileiro o art. 31, da Lei n. 5010/66, determina que os juízes federais devem usar toga durante as audiências.

4. Mais uma vez o problema econômico: o custo do processo

O processo exige custo elevado ante a necessidade de investimento por parte do Estado em prédios, equipamentos, material de uso corrente, servidores, juízes, etc. No objetivo de tentar cobrir tais investimentos não raro os Estados costumam cobrar taxas pela prestação do serviço jurisdicional.

Cumprindo indagar se é ou não correta a política de cobrança de taxas pela prestação do serviço jurisdicional. Pode-se especular afirmando que a gratuidade de tal serviço pode estimular a litigiosidade. Ora, o conflito é da natureza humana, existe antes e fora do processo, e não pelo fato de não se pagar pela prestação do serviço jurisdicional. Pensamos que o litígio é tão desgastante do ponto de vista emocional que não cremos que as pessoas se disponham a litigar perante o Poder Judiciário apenas em virtude da gratuidade do serviço jurisdicional. Observe-se que o processo também tem, sob outra perspectiva, de todo modo, custo elevado para os litigantes, porque têm que pagar advogados e, não raro, despesas com peritos, assistentes técnicos, etc. Mesmo nos Estados em que o ônus da sucumbência é imposto ao vencido, o resultado do julgamento de uma causa é sempre indefinido, de maneira que as taxas judiciárias representam mais um obstáculo para o acesso à justiça.¹²

12. Como salientado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, “torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”. E logo adiante acrescentam: “Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso à justiça deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros”. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Cit., p. 18.

4.1. Tentativas de solução 4.1.1. *Gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça, assistência jurídica e assistência judiciária)*

O conceito de gratuidade da justiça se refere apenas à garantia conferida ao cidadão de ter acesso à justiça sem necessidade de pagamento de taxa judiciária, custas e toda e qualquer outra despesa processual independentemente do resultado do julgamento da causa. Abrange o direito de não pagar honorários de advogado da parte contrária em caso de sucumbência na demanda. A concessão gratuita de advogado para demandar é uma situação que está envolvida no conceito de assistência judiciária, que é mais restrito e, de sua vez, está envolvido no conceito de assistência jurídica, este bem mais amplo porque envolve o serviço de defender os direitos do cidadão em juízo (assistência judiciária) e o serviço de orientação profissional, respostas a consultas, etc. Qualificamos, assim, o direito à gratuidade da justiça, o direito à assistência judiciária e o direito à assistência jurídica como **gratuidade do acesso à justiça**.

Tendo em vista o custo do processo, não raro muito elevado, o direito à gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça, da assistência jurídica e da assistência judiciária), em geral, é conferido apenas aos necessitados.

O conceito **necessitado** é impreciso, de maneira que em determinadas situações práticas teremos que enfrentar muitas dificuldades para afirmar que algum postulante se enquadra em tal situação. Com efeito, em casos assim a solução do problema fica a depender das circunstâncias do caso concreto.

Existem os espectros indubitáveis: os postulantes por todos reconhecidamente ricos e os postulantes por todos reconhecidamente pobres. Mas também existe uma área nebulosa em que ficam muitas dúvidas no sentido de se saber se é ou não o caso de se qualificar alguém como necessitado para o fim do direito à gratuidade do acesso à justiça.

De outro lado, o conceito **necessitado** não deve ser visto apenas tendo em conta o dado objetivo das condições financeiras de quem postula em juízo. Por outras palavras, necessário se faz examinar também a excessiva diferença da situação financeira entre as partes litigantes, bem assim principalmente o valor econômico da causa, de modo que a parte mais fraca economicamente não terá como arcar com os custos do processo, dificuldades que não teria se a causa tivesse um valor econômico menor. Assim, **necessitado** não é conceito que se restrinja aos conceitos **miserável** ou **pobre**, mas sim deve ser entendido como referente à pessoa que, nas circunstâncias do caso concreto, não tem condições de arcar com as despesas do processo, de modo que o custo do processo a colocaria ou a sua família em dificuldades financeiras; ou então teria que alienar bens para postular a tutela dos seus direitos perante o Estado-juíz. Por outras palavras, para que se possa obter o direito à gratuidade do acesso à justiça não se exige que o postulante esteja a depender de terceiros para sobreviver, como também não é o caso de exigir alienação do pequeno patrimônio que dispõe ou colocar em dificuldades sua sobrevivência pessoal ou da família para pagar advogado e despesas processuais.

No que tange aos reconhecidamente pobres ou aos reconhecidamente ricos não há o que discutir, de maneira que o direito à gratuidade do acesso à justiça terá que ser concedido àqueles e negado a estes. Se a situação é de dúvida pensamos que se deve tender para a concessão do direito à gratuidade do acesso à justiça.

Ressalvado o aspecto econômico, o direito de gratuidade do acesso à justiça deve ser concedido a toda e qualquer pessoa sem qualquer distinção. Não é crível que ante tema essencialmente humano se tolere qualquer tipo de discriminação com a consequência da negativa do acesso à justiça em função de raça, cor, sexo, religião, nacionalidade, etc. Nesse ponto, forçoso é convir que o acesso à justiça é tão fundamental do ponto de vista dos direitos humanos que a gratuidade de tal serviço deve ser concedida aos estrangeiros, inclusive aos apátridas, tanto quanto concedida aos nacionais.

Nessa perspectiva o direito de gratuidade do acesso à justiça também deve ser concedido aos entes despersonalizados (sociedade sem personalidade jurídica, espólio, massa falida, etc.) e às pessoas jurídicas. Não há motivação aceitável para discriminar tais entes, importando também aqui, do mesmo modo que em relação à pessoa física, apenas a análise da qualificação de necessitado. Assim deve ser por diversos motivos. Primeiro, porque temos pessoas jurídicas sem fins lucrativos, inclusive com objetivos estatutários de prestar serviços sociais onde há falta da atuação estatal, não sendo razoável que estas pessoas não obtenham o benefício da gratuidade do acesso à justiça. Segundo, porque o fato de estarmos diante de pessoas jurídicas não pode simplesmente significar que todas elas têm recursos financeiros para sustentar uma demanda.¹³

O serviço de assistência jurídica, envolvendo, sendo o caso, a assistência judiciária, é dever primordial do Estado, atribuído ao Poder Executivo. Deste modo, em havendo órgão instituído com tal finalidade (defensoria pública ou quem exerça suas atribuições) a ele compete conceder ou negar tais serviços, usando os critérios acima descritos, razão pela qual pode o órgão administrativo em tela exigir provas da qualidade de necessitado a quem procurar seus serviços. Eventual negativa faz com que o cidadão que se sentir injustiçado ante tal medida postule ao Poder Judiciário que seja determinada a concessão de tal benefício. Trata-se de processo para o fim de que o postulante possa obter acesso à justiça. O problema que aqui surge está em que se faltou defensor público ao postulante para obter o acesso à justiça contra outrem, quem será seu advogado nesta causa preliminar para postular contra o Estado a concessão de um defensor público? O meio mais razoável e mais adequado será admitir que o postulante se dirija diretamente ao juiz, em procedimento oral e bastante simplificado, para o fim de que este possa decidir o mais imediatamente possível a questão, ainda que, em sendo para deferir, em caráter provisório. Veja-se que quando o Estado não dispõe de tais serviços, ou não dispõe dos mesmos suficientemente, ao juiz cabe decidir o pedido de assistência judiciária, nomeando advogado em favor do necessitado.¹⁴

13. Conforme imaginado por Pontes de Miranda, “pensemos numa escola, com fundo de caridade, ou numa fundação hospitalar, que se ache em dificuldade”. Daí concluir o ora referido autor que “tanto tem direito à assistência judiciária os que estão num asilo de caridade como a própria entidade, personificada ou não, que não tem meios para as despesas no juízo singular ou no tribunal”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil de 1973**. 5ª ed., rev. e aum. Vol. I, 1995, pp. 382-383. O art. 5º, LXXIV, da Constituição brasileira reza que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo ora em análise ora se referir a assistência jurídica contém menos que se pretendeu dizer, ou seja, envolve, na realidade, a ideia de gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça, assistência judiciária e assistência jurídica). De outro lado, dito dispositivo não faz qualquer tipo de discriminação, importando apenas que a pessoa, seja física, seja jurídica, não disponha de recursos financeiros suficientes. Neste sentido, mas sem fazer as correções das denominações utilizadas na Constituição brasileira, SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003, p. 60.

Há casos envolvendo direitos indisponíveis em que, independentemente da condição econômico-financeira da parte, o serviço de assistência judiciária terá que funcionar. Assim acontecerá no processo criminal caso o réu não constitua advogado, dado que o direito a defensor no processo criminal é direito fundamental inescusável, o que também ocorre no processo civil em casos excepcionais. Nesses casos cabe ao juiz requisitar os serviços da defensoria pública ou nomear defensor em favor do réu, no processo criminal, e no processo civil em favor da parte nos casos que têm por objeto direitos indisponíveis na hipótese de não existir órgão estatal com tal atribuição.¹⁵

14. No direito brasileiro a Lei n. 1.060/1950 assim disciplina o assunto em foco: “Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de 2 (dois) dias úteis, o advogado que patrocinará a causa do necessitado” (parágrafo 1º do art. 5º). Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas seções estaduais, ou subseções municipais” (parágrafo 2º do art. 5º). “Nos municípios em que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado” (parágrafo 3º do art.5º).

Pensamos, no entanto, que se o réu que se omitir em constituir advogado não for necessitado, tem o advogado ou o Estado que prestou o serviço, conforme o caso, o direito de postular ao juiz arbitramento de honorários, independentemente do resultado do julgamento. Assim é porquanto não é razoável que se

venha a usufruir gratuitamente de benefícios a que normalmente não se tinha direito, muitas vezes em detrimento de muitas pessoas efetivamente necessitadas.

Não importa a posição que o necessitado venha a assumir ou esteja assumindo no processo para obter o direito à gratuidade da justiça. Dito de outro modo, tal direito deve ser conferido ao necessitado que esteja a atuar como autor, réu, ou sob qualquer modalidade de intervenção de terceiro, ainda que como assistente simples ou recorrente como terceiro prejudicado.¹⁶

15. Nesse sentido, ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 103. Como visto, apesar da letra do art. 5º, LXXIV, da Constituição brasileira (transcrição supra), isso não significa dizer que nos casos de direitos indisponíveis, como acima relatado, o Estado possa se abster de prestar assistência jurídica. De outro lado, o fato de não constar de forma expressa no texto constitucional o dever estatal de prestar assistência judiciária também não quer dizer que tal dever inexistia, uma vez que insito ao princípio do acesso à justiça. A Lei n. 1060/1950 regulamenta o direito à gratuidade da justiça e, de algum modo, o direito à assistência judiciária gratuita, mas mistura os conceitos, a tudo qualificando como assistência judiciária. O Código de Processo Penal brasileiro dispõe que se o réu não constituir advogado o juiz terá que nomear defensor, e se o advogado, ainda que constituído, deixar de justificar o comparecimento à audiência até a abertura desta, o juiz terá que nomear defensor *ad hoc* (art. 263 e parágrafo 2º do art. 265). De sua vez, o Código de Processo Civil brasileiro dispõe que caso não haja na comarca representante judicial de incapazes o juiz dará curador especial ao incapaz sem representante legal ou quando houver colisão de interesses entre representante e representado, bem assim ao réu preso e ao réu revel citado por edital ou com hora certa (cf. art. 9º e parágrafo único).

É irrelevante para a obtenção do direito à gratuidade da justiça o tipo de processo ou de procedimento, bem assim se o requerimento se dá no próprio processo ou em algum incidente processual.

O direito de requerer a gratuidade da justiça não está sujeito a preclusão. Isso significa dizer que ainda que se trate de situação de necessidade preexistente, o autor não perde tal direito porque não o formulou na petição inicial, assim como o réu não perde tal direito porque não o formulou no prazo para a defesa. Também não há que falar em preclusão se tal postulação não fora formulada até determinada fase processual. Por isso mesmo que nada impede o requerimento de assistência judiciária na fase recursal. Em princípio, o deferimento da gratuidade da justiça no curso do processo não autoriza a restituição de pagamento realizado; do mesmo modo, é óbvio que não mais cabe requerer assistência judiciária gratuita após o caso julgado, salvo em caso de sentença que dependa de execução, caso em que o deferimento só vale para os atos pertinentes a tanto, seus incidentes ou processos incidentes.

O direito de requerer a gratuidade da justiça também pode ser formulado a qualquer momento, com mais forte razão, em função da alteração da situação econômico-financeira da parte. Melhor explicando, quando o processo se iniciou e até determinada fase do mesmo a parte não requereu a gratuidade da justiça porque sua situação econômico-financeira permitia pagar as despesas processuais; a partir do momento em que tal situação se alterou no curso do processo essa circunstância fática permite o requerimento em foco, mas para valer apenas em relação aos atos subsequentes.

16. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita. Aspectos processuais da lei de assistência judiciária (Lei Federal nº1.060/50)**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 25.

Ao juiz do processo compete decidir a respeito do pedido de gratuidade da justiça, devendo deferi-lo em caráter provisório mediante simples declaração do postulante a respeito da sua qualidade de necessitado, salvo situações de evidência as quais imponham o indeferimento, resguardando-se à parte contrária o direito de fazer impugnação em torno do assunto. Nesse caso surge um incidente no processo, que não se refere a direito processual,¹⁷ uma vez que seu objeto é o direito (material) a um processo gratuito, com todos os dilemas em torno de questões alusivas ao ônus da prova, as quais só podem ser resolvidas conforme as circunstâncias de cada caso concreto.¹⁸ O caso, portanto, é de presunção relativa, não sendo dado ao juiz, em princípio, exigir prova de quem alega a condição de necessitado para deferir tal pedido, até porque, como visto, a decisão é provisória. Por isso mesmo, conforme visto acima, não há como negar tal direito à pessoa jurídica, como também não há porque, como quer parte da doutrina, tratar a

pessoa jurídica com fins lucrativos diferentemente das pessoas jurídicas sem fins lucrativos e pessoas físicas para exigir das primeiras prova para concessão da gratuidade da justiça.¹⁹ Como afirmamos acima, se o juiz estiver diante de uma situação de evidência deve indeferir o pedido, apresentando os devidos fundamentos, não importando se o requerimento é de pessoa física ou jurídica com ou sem fins lucrativos.

17. A impugnação ao pedido de assistência judiciária gratuita é um incidente no processo, mas não é incidente processual. Não resta dúvida que tal incidente se deu dentro do processo, em função dele e nele repercute. No entanto, o tema em discussão, como visto, não é de direito processual, mas sim de direito material, qual seja a existência ou inexistência do direito material (constitucional) a um processo gratuito.

18. No direito brasileiro a Lei n. 1.060/1950 é expressa em torno do assunto nos seguintes termos: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.” Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”. “A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados” (art. 4º e parágrafos 1º e 2º). “O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o requerimento, dentro do prazo de 72 (setenta e duas) horas” (art. 5º).

Normalmente a parte postula ao juiz o direito à gratuidade da justiça diretamente no processo já com advogado constituído (defensor público ou advogado que aceitou defender os direitos da parte gratuitamente). Problema maior para o juiz resolver surge quando a parte aparece perante o juiz sem advogado alegando ser necessitado e não ter advogado, seja porque lhe foi negado expressamente tal alegado direito pela defensoria pública, seja pela ineficiência do serviço ou por falta do serviço, e não dispõe de advogado que aceite sua causa gratuitamente. Pelo menos nos casos de ineficiência ou falta do serviço de defensoria pública outra solução não há senão a designação de advogado pelo juiz.

Com efeito, mais grave será esse problema se o necessitado sem advogado for réu no processo civil, ante o prazo para a defesa, gravidade que se acentua na hipótese de o réu só ter procurado o juiz após o decurso em branco de tal prazo.

Este maior grau de gravidade aumenta muito mais se o réu só procura o juiz após o julgamento da causa no sentido da procedência do pedido. É que alguns sistemas jurídicos são drásticos no tratamento que dão aos efeitos da revelia, normalmente reputando verdadeiros os fatos alegados pelo demandante, pelo menos quando os direitos do réu são tidos como disponíveis ou não existir alguma outra causa que afaste tais efeitos.²⁰ Com relação ao autor tudo pode ser resolvido de maneira mais fácil posteriormente, bastando exigir daquele que obteve o direito à gratuidade da justiça indevidamente o pagamento das despesas processuais; no que se refere ao réu o dilema do juiz se acentua porque não tem como saber previamente a condição econômico-financeira daquele. De fato, percebe-se mais uma vez que o juiz não pode tomar decisões tendo em consideração apenas a letra da lei, ficando alheio a problemas de ordem social que estão ao seu redor. Muitas vezes o demandado revel, além de economicamente necessitado, é pessoa humilde, analfabeta, ou que efetivamente perdeu grande parte ou todo o prazo em função do tempo que ocupou, sem êxito, em procurar os órgãos estatais de defensoria. Em casos assim, para que se possa falar em verdadeiro acesso à justiça, com pertinência ao réu, pensamos que o juiz deve aplicar os mesmos critérios que seguiu em relação ao autor, no que couber. Isso significa dizer que o juiz, tendo como ponto de partida a presunção de que o réu é necessitado e não tem advogado, deve conceder-lhe o direito à gratuidade da justiça e o direito à assistência judiciária, requisitando defensor gratuito ao órgão estatal encarregado de tal serviço ou, na falta deste, nomeando advogado para prestação gratuita do serviço. Não sendo o demandado revel, ou mesmo que o seja, o juiz deve desconsiderar os prazos decorridos, relevando, em consequência, a revelia na segunda hipótese, e, assim, passando a contar novo prazo para contestação a partir do momento em que o defensor ou advogado designado for intimado para tal fim. Essas deliberações devem ter caráter provisório, isto é, a decisão final sobre o assunto em foco fica na dependência particularmente de impugnação do autor, até porque muitas vezes réu não necessitado, pode, em casos como tais, apresentar de má-fé alegação de necessidade de justiça gratuita para tentar recuperar prazos perdidos.

19. Defendendo o tratamento diferenciado, veja-se, por exemplo, DIDIER JR. Fredie e OLIVEIRA, Rafael, *in Benefício...*, cit., pp. 29-30.
20. O CPC brasileiro dispõe sobre o assunto nos seguintes termos: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (art. 319). “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato” (art. 320).

De outro lado, se o juiz já julgou a causa sua parcela de atuação fica eliminada porque após proferir sentença, esgotado está seu ofício jurisdicional, mas não pode deixar de aplicar o mesmo **princípio da presunção de condição jurídica de necessitado** em relação ao réu que o procurou para requisitar defensor público ou nomear advogado em seu favor, adotando tal providência; nesse caso, a um deles caberá fazer as devidas alegações com as provas pertinentes e postular a anulação da sentença, exatamente por tal motivo, no recurso a ser interposto.

Questão mais complexa ocorre quando o réu possivelmente necessitado se apresenta ao juiz alegando tal situação mais tardiamente ainda, ou seja, quando já se configurou a coisa julgada, sobretudo quando já está sofrendo a execução da sentença. Para que se forme a coisa julgada contra a parte vencida, necessário se faz a intimação regular do seu advogado e o decurso do prazo sem interposição de recurso, ressalvadas outras circunstâncias que aqui não interessam. Como na hipótese que estamos a tratar o demandado revel não tem advogado, o correto, porque a solução mais razoável possível, é intimá-lo pessoalmente da sentença com indicação do prazo para recorrer e das consequências jurídicas em caso de não interposição de recurso.²¹ Vale mais uma vez ressaltar que o juiz não tem como saber se o réu é ou não um necessitado. Não havendo interposição de recurso contra a sentença forma-se a coisa julgada. Os sistemas jurídicos não podem conviver com a possibilidade de a parte poder interpor recurso a todo o tempo, de modo que há que se buscar, no caso, a compatibilização do princípio do acesso à justiça com o princípio da segurança jurídica, processualmente configurado pelo princípio da coisa julgada. Ocorre que não existem princípios absolutos, nem mesmo o princípio da coisa julgada, de maneira que procurado o juiz pela parte que alegar ser pessoa necessitada nesta conjuntura, deve ele, igualmente, requisitar defensor público ou nomear advogado, cabendo em tese os meios de impugnação à sentença passada em julgado previstos no ordenamento jurídico.²²

21. O art. 322, do CPC brasileiro (redação da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006) dispõe o seguinte: “Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório” (*caput*). “O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar” (parágrafo único). A redação original de tal dispositivo era a seguinte: “Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra”. Ao tempo da redação anterior parcela da doutrina criticava duramente o dispositivo em tela, principalmente para mostrar a necessidade de se dar ao revel ciência da sentença. Assim, por exemplo, assevera J. J. Calmon de Passos, após informar que ordenamentos de muitos países expressam a necessidade de se dar ao revel ciência da sentença: “Entre nós será diferente? Nossa resposta é negativa. O nosso sistema se distinguiria por aquilo que se poderia chamar de ódio desabrido e irracional pelo contumaz. Estabelecemos a verdade dos fatos do autor, por força da contumácia; somamos a isso a antiga sanção de fluência dos prazos sem ciência do revel; deixamos de prever qualquer recurso específico para o contumaz, em prazo razoável; não lhe abrimos nenhuma oportunidade especial de recompor o contraditório. Como a tanto rancor inexplicável somar-se o que ao revel não negam os países mais exigentes no tocante à contumácia? E logo isso ocorrer num país que ainda ostenta o título de ser campeão da marginalização social e da ignorância? Dos desníveis violentos e dos vazios sociais imensos? Por que fazer mais desvalidos os que já são de si mesmos tão desvalidos? Nosso pensamento é no sentido de se afirmar a necessidade da intimação do revel para o trânsito em julgado da sentença contra ele proferida. Firmamos tal ponto de vista pelos motivos que se seguem. A sentença, num paralelismo com a lei, não obriga antes de conhecida. A publicação da sentença é, por conseguinte, ato indispensável para sua existência e eficácia. E não há publicação enquanto não há ciência. Pouco importa que dessa ciência também decorra o prazo para recurso e o Código tenha dito que para o revel os prazos correm independentemente de publicação. Essa norma só vale para as hipóteses em que a ciência pessoal não seja da essência mesma do ato, para que exista e seja eficaz. Nesse caso não está a sentença. O comando singular que ela contém exige a ciência do que a ele se deve submeter, para o fim mesmo do seu atendimento. E para esse fim a ciência é indispensável e sobreleva à limitação do art. 322” (*In Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. III, pp. 448-449). Pena que na recente reforma processual o legislador brasileiro, ainda esquecido de que o Brasil é um país de muitos contrastes, com muitas possibilidades de réus analfabetos se tornarem, por isso mesmo, revéis, não tenha avançado para deixar clara a necessidade de intimação pessoal da sentença ao réu revel que fora citado pessoalmente. É preciso não perder de vista que nas comarcas em que a intimação dos atos processuais se dá pessoalmente, e não pela publicação em órgão oficial, não há como deixar de intimar o réu pessoalmente da sentença da mesma forma que se intima a parte autora, correndo o prazo para recurso segundo os mesmos critérios legais seguidos em relação ao autor, posto que, do contrário, viola-se o princípio da igualdade e o princípio da ampla defesa.

4.1.2. *Gratuidade da justiça: dispensa do pagamento de taxas, custas e qualquer outra despesa processual*

Conforme acima salientado, a **gratuidade da justiça** deve ser integral, o que significa dizer que tal direito abrange taxa judiciária, custas de atos processuais específicos e todas as demais despesas processuais. Assim é que o litigante a quem fora deferida a gratuidade da justiça também deve ficar dispensado, por exemplo, de pagar honorários de perito, depositário, avaliador, despesas com deslocamento de testemunhas, honorários de seu advogado e da parte contrária caso seja vencido na causa, etc. Nada, absolutamente nada deve ser cobrado à parte a quem fora deferido o benefício da gratuidade da justiça.²³ Sendo assim, entendemos que o ordenamento jurídico que obrigue o litigante necessitado a pagar qualquer despesa processual não está a atender ao princípio do acesso à justiça.²⁴

22. No direito brasileiro o meio de impugnação a sentença passada em julgado é a ação rescisória, a ser proposta no prazo decadencial de 2 (dois) anos (CPC, arts. 485 e 495).

23. No direito brasileiro a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, dispõe sobre o assunto nos seguintes termos: “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I – das taxas judiciárias e dos selos; II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios, ou contra o poder público estadual, nos Estados; V – dos honorários de advogados e peritos; VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade” (o inciso VI fora acrescentado pela Lei nº 10.317, de 6 de dezembro de 2001).

24. Nesse sentido, MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 35.

O fato de o direito à gratuidade da justiça ser integral não significa dizer que não possa haver deferimento parcial. Não há lugar para essa espécie de “ou tudo ou nada”. Há casos em que a parte pode pagar a despesa de alguns atos processuais, mas não pode a de outros. Não nos parece razoável a decisão judicial que rejeita pedido de gratuidade da justiça em caráter parcial ao simples fundamento de que tal direito só pode ser atribuído integralmente.²⁵ Ainda que seja o caso de determinado ordenamento jurídico vedar expressamente a gratuidade da justiça em caráter parcial, tal tipo de norma não se ajusta ao princípio constitucional do acesso à justiça.

A gratuidade integral pode encontrar alguns obstáculos, que certamente terão que ser superados, a exemplo de despesas com cópias de peças processuais, deslocamento de testemunhas e honorários do perito, as quais, não raro, devem ser antecipadas.

Alguns autores sustentam que a assistência judiciária não abrange os honorários do perito e outros auxiliares da justiça porque tais profissionais não são remunerados pelo Estado.²⁶ Entendemos que tal tese não pode ser aceita, vez que querer que o necessitado adiante despesas sem os meios financeiros para tanto é o mesmo que negar o acesso à justiça. Em verdade, todas as despesas processuais que teriam que ser adiantadas por determinada parte, que não pode nem deve fazê-lo por ser necessitado e, assim, titular do direito à gratuidade da justiça, devem ser adiantadas pelo Estado. Ao menos deve ser assim num Estado que se proclama democrático de direito e, deste modo, comprometido com o acesso à justiça. Com efeito, esses obstáculos só surgem na prática porque o Estado, não raro, não cumpre aquilo a que está obrigado. Se não cumpre, ou ao menos, não cumpre a contento na parte mais elementar, que é colocar à disposição de todos os necessitados um serviço eficiente de defensoria pública, não seria de esperar que cumprisse seu dever em outros aspectos mais distantes, como é o caso do adiantamento de honorários de perito. O fato é que esse é o primeiro passo, ou seja, exigir do Estado o adiantamento dos honorários do perito conforme arbitramento do juiz, devendo a parte contrária, não titular do direito à gratuidade da justiça, se vencida, ressarcir os valores que o Estado adiantou. Se o Estado não cumprir o seu dever, o juiz tem meios para superar tais obstáculos, a exemplo da designação de peritos que sejam funcionários do próprio Estado, o que, na prática, nem sempre é possível.

25. Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie e OLIVEIRA, Rafael. **Benefício...**, cit., pp. 18-20.

26. É o caso, por exemplo, de Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar que “a assistência judiciária” não “inclui a dispensa de adiantar honorários a perito e outros auxiliares eventuais de encargo judicial (*supra* nn. 741,745 etc.), pelo fato de serem profissionais não remunerados pelos cofres públicos e não estarem obrigados a prestar serviços gratuitos ou correr o risco de não receber depois”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, pp. 675-676.

Como terceira alternativa, pensamos, excepcionalmente, que o perito não pode deixar de colaborar com o Poder Judiciário recusando o encargo de eventual designação judicial sob o argumento de que não está obrigado a trabalhar sem o adiantamento dos seus honorários. Observe-se que alguns terceiros têm, indiretamente, prejuízos em processo alheios e não podem se recusar a prestar sua colaboração. Basta lembrar do similar exemplo do advogado que presta serviço de assistência judiciária por designação judicial e da testemunha que perde um dia de trabalho, se trabalhador autônomo, ou da empresa, se a testemunha é empregada desta. Com o perito não pode nem deve ser diferente. Aliás, não se pode esquecer que há uma forte tendência de os peritos atuarem em muitos processos sem litigantes necessitados por nomeação do mesmo juiz, e assim auferirem rendas, de modo que a prática revela, por isso mesmo, que o perito tende a aceitar tal encargo. Ademais, os ordenamentos jurídicos podem impor a aceitação do encargo como dever jurídico, tanto em relação ao perito como em relação aos advogados, desde que em caráter eventual e excepcional e não comprometa as normais atividades desses profissionais.²⁷

Ocorre que poderá surgir outro obstáculo, qual seja o de que a perícia, muitas vezes, é de alta complexidade a ponto de exigir adiantamento de despesas elevadas com materiais, deslocamentos, etc, de maneira que não é justo exigir do perito que adiante tais despesas. Se o perito apresentar tal alegação pensamos que não há solução que não seja exigir do Estado aquilo que é do seu dever, ficando o processo paralisado até que isso ocorra, sem prejuízo de se procurar responsabilizar o agente da Administração encarregado de tais providências. De todo modo, nada impede que o perito aceite o encargo, adiante despesas e posteriormente proponha ação judicial contra o Estado para ser indenizado tanto pelo trabalho desenvolvido como pelas despesas que efetivou.

A ideia de integralidade do direito a gratuidade da justiça abrange, a nosso ver, ajuda financeira, se necessário for, para os deslocamentos da parte para a prática de atos processuais em que a sua presença seja necessária para evitar sanções processuais ou para melhor exercício dos seus direitos; exemplos disso são o ato de prestar depoimento pessoal sob cominação de confissão e assistir às audiências e nelas ter a possibilidade de prestar informações fáticas ao seu advogado, etc. Essa é uma situação que não se costuma inserir expressamente nos ordenamentos jurídicos, e que certamente deve ser vista com muita cautela, de maneira que tal pedido só deve ser deferido em casos de extrema necessidade. Certamente existem casos nos quais o estado de necessidade da parte é tão acentuado que esta não dispõe de condições mínimas para arcar com tais despesas. Deste modo, garantir tal direito ao litigante que estiver nesta situação é o mínimo a se fazer em termos de paridade de armas. De outro lado, na falta de recursos financeiros imediatos, veículos e prédios de propriedade do Estado podem servir, respectivamente, para transporte e alojamento de pessoas necessitadas para tal fim.²⁸

27. No direito brasileiro a Lei nº 1.060/1950 impõe aos profissionais liberais designados para o desempenho de atividade de defensor ou de perito a aceitação do encargo, salvo justo motivo, sob pena de multa (art.14). De outro lado, a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) dispõe que: “Constitui infração disciplinar: XII – recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública” (art. 12, XII).

O direito à gratuidade da justiça é concedido *rebus sic stantibus*, é dizer, se no curso do processo a parte que obteve tal direito mudou sua situação econômico-financeira a ponto tal que não mais é considerado necessitado, deve pagar as taxas, custas e demais despesas processuais passadas e futuras. Se tal circunstância ocorreu após o encerramento do processo tudo fica a depender do resultado do julgamento da causa e de como o ordenamento jurídico regulamenta as consequências da sucumbência.²⁹ Eventual mudança da situação econômico-financeira da parte beneficiária da gratuidade da justiça após o

encerramento do processo deve merecer uma limitação temporal, porque as relações jurídicas de caráter pecuniário não podem ter conotação de perpetuidade.³⁰

O direito à gratuidade da justiça tem as características da pessoalidade e da intransmissibilidade, na medida em que é concedido em função das condições econômico

-financeiras do seu titular no caso concreto. Isso significa dizer que tal direito não se estende aos litisconsortes nem aos sucessores *inter vivos* ou *mortis causa*. No caso do litisconsorte não titular do direito à gratuidade da justiça deve este adiantar as despesas dos atos que requereu individualmente, e adiantar proporcionalmente as despesas dos atos requeridos em conjunto com o litisconsorte titular do direito da gratuidade da justiça.³¹ No caso de sucessão, aquele que passar a figurar como parte sucessora deve arcar com os custos do processo apenas a partir do momento em que passou a integrá-lo, ressalvada, é claro, a possibilidade de tal sucessor também requerer e obter o direito à gratuidade da justiça.³²

28. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. **Benefício...**, cit., p. 10.

29. No direito brasileiro impõe-se o ônus total da sucumbência à parte integralmente vencida, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em caso de sucumbência recíproca (CPC, arts. 20 e 21).

30. No direito brasileiro, a Lei nº 1.060/1950 dispõe o seguinte: “A parte beneficiária pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita” (art. 12). Apesar de tal dispositivo falar em custas, o legislador disse menos do que deveria expressar na hipótese de sucumbência total, porque nesse caso vale o princípio da responsabilidade integral dos custos do processo, o que significa dizer que o vencido deverá pagar todas as despesas processuais, inclusive honorários de advogado da parte vencedora. De outro lado, deve o juiz expressar na sentença tal condenação, ainda que tenha deferido o benefício integral da gratuidade da justiça. Ao proceder assim o juiz não estará incorrendo em contradição, vez que a eficácia dessa parte da sentença fica condicionada à mudança da situação econômico-financeira do necessitado vencido no decurso de 5 (cinco) anos. Não fosse assim, verificada a hipótese de tal mudança econômico-financeira do necessitado vencido dentro de tal prazo, a parte vencedora não disporia de título executivo, ou seja, teria que propor

demanda cognitiva, o que geraria desnecessariamente outro processo. Na doutrina brasileira, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “a ressalva da inexigibilidade não se aplica aos casos em que o beneficiário só não disponha de recursos financeiros para custear o litígio (dinheiro, depósitos bancários, aplicações financeiras), tendo no entanto patrimônio que possa responder pelo custo processual; ele recebe advogado que o defenda sem remuneração e fica isento do adiantamento de despesas processuais, mas seria injusto e absurdo beneficiá-lo com o retardamento da obrigação de reembolsar o adversário” (*In Instituições...*, cit., vol. II, p. 678). Ocorre que, como vimos acima, o fato de a parte ter patrimônio não é fator que afaste o direito à gratuidade da justiça. Se tal patrimônio existia quando da concessão do direito à gratuidade da justiça ou se não houve posteriormente mudança patrimonial significativa a parte vencedora não pode executar o crédito resultante de tal condenação. Fosse diferente, o juiz não estaria a garantir, em casos como tais, o direito à gratuidade da justiça, mas sim afirmando uma cobrança para o futuro em caso de sucumbência, quando isso só pode ser exato caso se insira mais uma condição, que é exatamente a mudança da situação econômico-financeira significativa no decurso de 5 (cinco) anos. 31. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. **Benefício...**, cit., pp. 20-21.

32. No direito brasileiro, a Lei nº 1.060/1950 é expressa em tal sentido, nos seguintes termos: “São individuais e concedidos em cada caso concreto os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda, e que necessitem de tais favores na forma estabelecida nesta Lei” (art. 10).

O direito à gratuidade da justiça não protege o titular de tal direito que esteja a litigar de má-fé. É que o direito à gratuidade da justiça não é passaporte para prática de abusos ou ilícitos de qualquer natureza. Dito de outro modo, não pode servir de estímulo ou biombo para proteger conduta de má-fé do seu titular, não pairando dúvida de que as partes devem ser tratadas igualmente no plano da responsabilidade pelos atos de má-fé que vierem a praticar no processo, em qualquer aspecto (processual, criminal ou civil).³³

A primeira investigação a se fazer em relação a esse problema é a individualização das condutas no plano da relação advogado/cliente. Assim, é necessário examinar se o ato de má-fé fora praticado apenas pelo advogado da parte, apenas pela parte ou por ambos, devendo ser responsabilizado apenas quem praticou o ato e, em caso de participação de ambos, na medida da participação de cada um.

No que se refere a atos de má-fé praticados exclusivamente pela própria parte que resultem em sanção processual de multa ou que implique em dano a merecer pagamento de indenização à parte contrária, não há como exonerar a parte faltosa apenas porque é titular do benefício da gratuidade da justiça. Se a multa processual não é coercitiva, deve ser imposta sem tergiversações; se a multa é coercitiva, por razões

práticas deve o magistrado procurar outros meios para efetivar as medidas necessárias, tendo em vista a inocuidade da medida, ao menos momentaneamente, ante a falta de meios de sua cobrança imediata. No entanto, o juiz não pode aplicar sanções processuais em substituição como condição à prática de atos processuais regulares, porque estaria a dar às partes um tratamento discriminatório injustificável e a impedir o acesso à justiça à parte necessitada. Assim, quem pode pagar a multa efetivaria o pagamento e praticaria o ato processual regular, e quem não tem condições financeiras para tanto não poderia praticar o ato processual regular.³⁴

33. Nesse sentido, afirma José Carlos Barbosa Moreira, após deixar claro que a gratuidade da justiça não abrange as multas processuais: “a pobreza não justifica, ao nosso ver, a concessão de um *bill* de indenidade quanto a comportamentos antijurídicos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo**. In *Temas de direito processual*. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 52-53.

Quanto ao dever de indenização por danos à parte contrária em caso de litigância de má-fé processual do adversário também não há como se falar em exoneração de responsabilidade. Deste modo, se o titular do direito à gratuidade da justiça teve uma conduta processual de má-fé de modo a causar dano a seu adversário, deverá ser condenado a pagar a indenização correspondente, não podendo a exigência de pagamento, com mais forte razão, ser condicionada à prática de qualquer ato processual.

Assim, as sanções pecuniárias (multas ou indenização por danos à parte contrária) devem ser aplicadas pelo juiz à parte beneficiária da gratuidade da justiça, mas em caso de não pagamento a efetivação e tal decisão fica a depender da existência de bens presentes ou futuros a tanto suficientes.

4.1.3. Assistência jurídica e assistência judiciária gratuitas

Na perspectiva do quanto exposto no item anterior, pensamos que deve o Estado garantir o acesso à justiça a todos os necessitados, com a criação de um serviço de advocacia pública eficiente. O critério para que se possa utilizar tais serviços é o mesmo já exposto nos itens anteriores, ou seja, havendo dúvida quanto à situação econômico-financeira do postulante tal serviço deve ser concedido.

34. Na doutrina brasileira afirmam, por exemplo, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, que “a gratuidade judiciária não abrange, nem poderia abranger, as multas processuais”, apesar de que adiante afirmam que é “um contra-senso impor ao beneficiário multa coercitiva. Nesses casos, melhor seria que o magistrado se valesse de outra medida coercitiva (art. 465, parágrafo 5º do CPC) para a efetivação da tutela jurisdicional. De qualquer sorte, porquanto seja, em tese, possível a cominação, a gratuidade não isentaria o beneficiário do seu pagamento” (*In Benefício...*, cit., p. 11).

O serviço de assistência jurídica já envolve o direito à informação, na medida em que o defensor público pode e deve deixar de ingressar em juízo ao constatar que o cidadão que o procurou não tem direito algum. No entanto, forçoso é convir que esse direito à informação pode resultar numa má informação no sentido de que o consulente não tem direito algum por deficiência técnica do defensor público e, assim, resultar, na prática, numa negativa de acesso à justiça. Verificando-se que o cidadão teve seu direito violado ou ameaçado de violação, e sendo o caso de pessoa necessitada ou, independentemente da necessidade financeira, sendo o caso de direitos indisponíveis, ao agente encarregado de tais serviços impõe-se o dever de prestar a devida assistência judiciária, ou seja, prestar completa defesa do direito do beneficiário em juízo.

Alguns Estados atribuem o serviço público de assistência judiciária gratuita aos órgãos de defesa dos direitos do próprio Estado (Procuradoria do Estado ou Advocacia do Estado) ou então ao Ministério Público.³⁵ A primeira solução é a mais inconveniente, mas nenhuma das duas serve a contento aos interesses do cidadão necessitado. Tais órgãos poderiam ter alguma serventia nos casos em que estivessem em jogo direitos envolvendo apenas particulares. No entanto, basta imaginar a hipótese, por sinal, muito frequente, de litígios envolvendo o cidadão e o próprio Estado para se perceber facilmente a inconveniência de tal situação, por sinal muito embaraçosa do ponto de vista ético, de um procurador de Estado ajuizar demanda em favor de um particular e contra o próprio Estado. A gravidade do problema mais se acentua se esse procurador do Estado não dispõe de garantias funcionais que permitam uma

atuação independente. Sem qualquer sombra de dúvida que, a ser assim, a desconfiança do cidadão seria mais do que justificável.

35. No Brasil muitos Estados-membros instituíram Defensoria Pública. Mas o Estado-membro mais rico da federação brasileira (São Paulo) atribuía tal serviço à própria Procuradoria do Estado, que é o órgão encarregado de defender o Estado, e só instituiu a Defensoria Pública por meio da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006. A União deixava os necessitados relegados à sorte, ou seja, não tinha Defensoria Pública nem atribuía tal função a nenhum órgão público, e só instituiu Defensoria Pública a partir de 2001, apesar de tal exigência constar expressamente na Constituição de 1988 (art. 134 e parágrafo 1º) e na Lei Complementar nº 80/1994.

Com relação ao Ministério Público, o problema tem menor gravidade ante a independência conferida a tal instituição e aos seus membros, mas ainda assim os inconvenientes são grandes. Aqui também a atuação de tal órgão seria de grande valia nas demandas envolvendo particulares, nos casos de defesa de direitos coletivos e até nos casos de direitos individuais indisponíveis.³⁶ Nos Estados em que as atribuições do Ministério Público não se confundem com as funções de defesa dos direitos do próprio Estado, tal valia persiste quando o órgão tivesse que defender um cidadão necessitado contra o Estado.³⁷ Ocorre que, no Brasil, mesmo nos Estados-membros em que os agentes do Ministério Público não exerciam, como hoje não exercem, funções de advogado da própria Administração, o fato é que sua função primordial em matéria criminal, ao promover a ação penal pública, e em matéria cível, ao promover ação civil pública, é atuar como parte autora contra o cidadão individualmente.³⁸ Aqui os inconvenientes são os mesmos se o necessitado for a parte demandada. Não ficaria bem para o componente de um órgão que tem a função de atuar em defesa dos direitos de toda a sociedade ao mesmo tempo defender direitos disponíveis do cidadão. Apesar das garantias funcionais atribuídas aos agentes do Ministério Público,³⁹ a realidade é que também aqui não se pode esperar que o cidadão tenha confiança em tais agentes para o fim da defesa dos seus direitos individuais. Em verdade, por tudo isso, forçoso é convir que as atividades dos agentes do Ministério Público, do mesmo modo que são incompatíveis com a defesa dos interesses das entidades públicas, também são incompatíveis com as atividades da Defensoria Pública.

36. A Constituição brasileira expressa tais situações claramente conferindo ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, atribuições essas que estão explicitadas no art. 129, I a IX), apesar de tal legitimação não ser sempre exclusiva, conforme ressaltado pelo parágrafo 1º do referido artigo. Exemplo, no direito brasileiro, de legitimação do Ministério Público, embora não exclusiva, em caso de defesa de direitos individuais indisponíveis é o da defesa do interditando (cf. CPC, parágrafo 1º do artigo 1182).

37. No Brasil, antes da Constituição de 1988, os Estados-membros dispunham de órgãos próprios (Procuradorias) para a defesa dos seus direitos, mas curiosamente os membros da Procuradoria da República (nome dado ao Ministério Público Federal na Constituição anterior e na atual) funcionavam como órgãos do Ministério Público e como advogados da União. A Constituição de 1988 vedou tal possibilidade (art. 129, IX) e previu a instituição da Advocacia-Geral da União, ficando a atribuição da execução fiscal, em evidente desnecessária dualidade de órgãos, a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 131 e parágrafo 3º), órgão que existia anteriormente à Constituição de 1988, mas que, curiosa e inexplicavelmente, não tinha atribuição para atuar em juízo.

Com efeito, a solução mais adequada é a instituição de Defensoria Pública, dando-se a tal órgão a mesma estrutura e a mesma autonomia asseguradas ao Ministério Público,⁴⁰ e aos seus agentes os mesmos vencimentos e as mesmas garantias funcionais que se dá aos agentes do Ministério Público.⁴¹

38. É óbvio que não se está aqui a negar que o Ministério Público, ao ajuizar ação civil pública, defende interesses de toda a sociedade, inclusive agindo contra o Estado e contra administradores públicos (agentes políticos ou não), mas para tanto não se pode esconder que normalmente ele está a agir como parte contra o cidadão.

39. No direito brasileiro o Ministério Público, apesar de não ser órgão integrante do Poder Judiciário, tem a mesma autonomia atribuída a tal Poder, e os seus membros tem as mesmas garantias e incompatibilidades dos juizes (CF, parágrafo 2º do art. 127 e parágrafos 5º e 6º do art. 128).

40. Consta na Constituição brasileira que “às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º” (parágrafo 2º do art. 134). Curioso é que o constituinte brasileiro não referiu tal providência à Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios, apesar de que não seria razoável uma interpretação literal no sentido de afastar a autonomia financeira desta, na medida em que a razão jurídica do dispositivo em tela é a mesma, nada justificando tratamento diferenciado. No entanto, seja em relação à União, seja em relação aos Estados, a realidade fática está bem distante do quanto consta na Constituição.

O problema é que mesmo quando o Estado institui Defensoria Pública, tem-se verificado grande deficiência estrutural, não se dá ao órgão autonomia financeira e não se dá aos seus agentes os mesmos direitos e garantias conferidas aos agentes do Ministério Público. O serviço público estatal de assistência judiciária, sobretudo nos países menos desenvolvidos, onde se verifica grande quantidade de conflitos e massa populacional pobre, é relegado a segundo plano, sempre com o mesmo frisante, cansativo e inaceitável discurso da falta de recursos financeiros. Mas observe-se que a concessão de garantias funcionais aos defensores públicos e autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública, tal como atribuídas ao Ministério Público, é um problema meramente político. Isso nos leva a concluir que se é certo que há alguma dificuldade em se obter recursos suficientes para tudo, também certo é que quando se trata de garantir acesso à justiça ao cidadão necessitado a disponibilidade de recursos sempre merece menor atenção. Basta fazer uma simples comparação entre os recursos disponibilizados em favor da Defensoria Pública e em favor do Ministério Público para se perceber que os aportes em favor deste são disparadamente maiores. Veja-se que o Ministério Público tem funções, em termos, assemelhadas às funções da Defensoria Pública, mas, queiramos ou não, exerce atividades repressivas contra o cidadão, embora a favor de toda a sociedade. Então, a realidade é esta: quando é para reprimir o cidadão os recursos não são tão escassos assim; quando é para defender o cidadão necessitado (estado de necessidade que, em princípio, a própria sociedade como um todo criou) os recursos são escassos ou até inexistentes.

41. A Constituição brasileira, timidamente, embora não deixe de ser relevante, em dispositivo alusivo à Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios, diz que fica “assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais” (parágrafo 1º do art. 134). Também aqui não temos como razoável qualquer interpretação que não estenda a aplicação de tal dispositivo aos defensores públicos dos Estados -membros porque a razão jurídica do dispositivo é a mesma, nada justificando tratamento diferenciado.

Ante a falta ou deficiência do serviço público estatal de defensoria pública a atuação supletiva da sociedade civil é por demais necessária no sentido de minorar tão grave problema. Tal atuação pode ocorrer, por exemplo, com a criação de organizações não governamentais com tais objetivos, com a contribuição das Faculdades de Direito, cujos alunos teriam muito a ganhar com os estágios profissionalizantes, com a participação do órgão de classe dos advogados e até dos advogados individualmente.⁴²

4.1.4. Sobre a conveniência ou inconveniência da cobrança de taxa judiciária

Como visto, taxa judiciária não se confunde com custas nem com despesas processuais. Evidentemente que do ponto de vista da parte, e em sentido amplo, tudo que ela desembolsou no processo é despesa processual. As custas se referem ao pagamento em função da prática de determinado ato processual, como citação, intimação de testemunhas, etc. Despesa processual se refere a prestação de serviços com terceiros, como pagamento a depositários, peritos, etc. Taxa judiciária é tributo como contraprestação pela prestação do serviço jurisdicional ante o desencadeamento do processo com o exercício do direito de ação.

Com efeito, independentemente de a parte não ser tida como necessitada é bastante discutível a conveniência da cobrança de taxa nos processos como contraprestação do serviço jurisdicional. Pode-se argumentar que é mais justo que se cobre o tributo de quem pode pagar até como meio de melhor atender a quem não pode pagar. Ocorre que, de um lado, tem-se que a prestação do serviço jurisdicional não é um serviço qualquer, tendo-se que levar em consideração a alta finalidade social de caráter geral, que é a pacificação da sociedade. De outro lado, muitas vezes, independentemente de taxas judiciárias e do custo do processo (com honorários de advogado, adiantamento de despesas processuais e o risco de, em caso de sucumbência, pagar honorários de advogado à parte contrária nos sistemas que impõem o pagamento de todas as despesas ao vencido)⁴³ existem aquelas pessoas que se encontram numa faixa econômico-

financeira intermediária (não são tidas como necessitadas, mas também não são ricas). Ora, os honorários de advogado e as despesas processuais pesam consideravelmente no orçamento doméstico, de maneira que as pessoas necessitadas, muitas vezes, optam por não buscar a tutela de direitos. Isso, no fundo, se caracteriza também como litigiosidade reprimida, o que vem a ser socialmente perigoso.

42. Como visto acima, no direito brasileiro é dever jurídico dos advogados e acadêmicos de direito a partir da 4ª série a aceitação de designação para desempenho do encargo de defensor de parte a quem fora concedido o benefício da gratuidade da justiça, salvo justo motivo (Lei nº 1.060/1950, arts. 14 e 18).

Deste modo, parece ser mais acertado cobrar taxa judiciária apenas dos ricos (grandes empresas e grandes fortunas), até como meio de facilitar o acesso à justiça em favor dos necessitados e daqueles que, apesar de não tão necessitados, sofreriam considerável impacto na sua situação econômico-financeira ante a necessidade de demandar em juízo.

43. No direito brasileiro impõe-se o ônus da sucumbência ao vencido, abrangendo inclusive os honorários de advogado como meio de indenizar o vencedor em relação aos valores que este desembolsou para pagar ao seu patrono (CPC, art. 20). Eis que a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) dispõe no art. 23 o seguinte: “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo o próprio advogado direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Tal dispositivo não pode ser interpretado literalmente porque estaria a consagrar o direito ao advogado a receber do cliente duas vezes (o que recebeu por força do contrato e o que o cliente receberia como meio de ressarcimento do que pagou ao seu advogado). Se o advogado nada recebeu do cliente sem dúvida que os honorários de sucumbência constituem crédito daquele; se já recebeu do cliente o que tinha que receber o dispositivo não se aplica, a não ser que exista contrato escrito de prestação do serviço profissional com tal cláusula, circunstância que o advogado, por imperativos jurídicos e principalmente éticos, deve deixar muito clara ao cliente.

5. Processo e tempo: o problema da duração do processo

O decurso do tempo mais ou menos largo é inerente à dinâmica dos processos. Salvo quando pode decidir *prima facie* contra o próprio autor o juiz não tem como solucionar uma causa sem ouvir o réu, não raro tem que colher provas orais em audiência, realizar perícias, inspeções, etc. De outro lado, os juízes normalmente têm carga excessiva de processos. Isso faz com que, ainda que num contexto da mais absoluta normalidade, o resultado dos julgamentos seja demorado.

Ocorre que a experiência tem revelado que a duração dos processos tem sido muito além do razoável, chegando a níveis de intolerabilidade crônica, principalmente nos países menos desenvolvidos.

O problema da demora excessiva do julgamento das causas é dos mais graves, na medida em que está diretamente relacionado com a ideia de efetividade, resultando muitas vezes, na prática, em verdadeira negação do acesso à justiça.⁴⁴ Isso, conseqüentemente, afeta os direitos fundamentais do cidadão que está a precisar da tutela jurisdicional do Estado, como também deixa em dúvida a própria credibilidade das instituições estatais, o que vem de ser um grande perigo para toda a sociedade. É preciso observar que o julgamento além de um tempo razoável é extremamente prejudicial e desgastante para todos: para o Estado, porquanto naqueles casos em que apresentou um julgamento sem qualquer eficácia, suas instituições perdem credibilidade perante toda a sociedade, na medida em que não alcançaram seus objetivos, além da perda de todo o investimento com o custo de um processo que resultou em nada; para a parte que tinha direito a ser protegido, porque, além do desgaste financeiro com todo o custo do processo e com a perda de tempo que teve que despender praticando atos processuais pessoais, como comparecimento às audiências, desgaste causado pela longa e constante angústia ante a dúvida do resultado de um julgamento, ainda tem que suportar o desgaste de receber uma decisão favorável que terá pouco ou não terá qualquer resultado prático; tudo isso também acarreta, sem dúvida, um desgaste psicológico, porque se a espera do julgamento dentro de padrões de normalidade, por si só, já é angustiante, imagine-se uma espera por tempo irrazoável, que, não raro, resulta em doenças físicas e psíquicas, e, assim, em outros desgastes financeiros, os quais podem se estender ao Estado se as vítimas desse cruel sistema são pessoas carentes.

44. Disse Rui Barbosa, com muita expressividade, em discurso que fez como paraninfo dos alunos concluintes do ano de 1920, do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.

Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” (In **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 53).

De outro lado, a demora do julgamento por tempo além do razoável não raro resulta em acordos que na prática não passam de soluções profundamente injustas, na medida em que, em verdade, a parte mais fraca não tem como mais esperar, preferindo perder grande parcela do seu direito. Isso significa dizer que essa acomodação, na realidade, foi forçada ante a circunstância da demora excessiva do julgamento, dando a falsa aparência de que houve acesso à justiça com solução rápida do litúgio.⁴⁵

45. Como salientado por Owen Fiss ao mostrar as anomalias do acordo ante as disparidades de recursos entre as partes, a parte mais pobre “pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito”. FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 125.

Cumprе, pois, verificar quais as razões da demora excessiva dos julgamentos das causas.

Costuma-se colocar as leis processuais, com seus procedimentos cheios de formalidades desnecessárias, como causa primeira, e até mesmo única, da demora excessiva dos julgamentos das causas, passando-se a se clamar por reformas legislativas que, num passe de mágica, serviriam como panacéia para resolver o grande mal da morosidade da prestação jurisdicional. Esse discurso maniqueísta é visivelmente distorcido, frágil e, se não malicioso, infantil. Não existe lei boa para juiz que não sabe aplicá-la ou, se sabe, quer aplicá-la mal, como também não existe lei ruim para juiz que sabe e quer dar a solução mais apropriada, correta e justa ao caso. Obviamente que essa assertiva não significa dizer que não devemos buscar reformas legislativas no objetivo de aprimorar os sistemas jurídicos, na medida em que leis boas facilitam a tarefa dos juízes com visão hermenêutica mais aberta e dificultam as tarefas dos juízes com visão hermenêutica mais fechada. O que se quer deixar claro aqui é que não devemos escamotear problemas políticos, econômicos e sociais, para se querer atribuir a deficiência do serviço jurisdicional apenas, ou principalmente, ao fato da existência de leis que prescrevem procedimentos excessivamente formalistas. Esse problema, como salientado por Donaldo Armelin, “não será resolvido apenas através de leis, devendo mesmo se arredar tal enfoque que constitui marca de subdesenvolvimento, o de se pensar que problemas marcadamente econômicos possam ter soluções meramente legislativas”.⁴⁶

Neste contexto, a primeira causa da morosidade da justiça está na política econômica dos governos. Quando se diz que “o povo clama por justiça”, antes da justiça prestada pelos juízes está a reclamar por justiça social, que deve ser prestada por aqueles que estão a conduzir a política (parlamento e governo) de determinado país. E assim é porque há uma forte tendência a que quanto maior a desigualdade da renda e da qualidade de vida entre as pessoas maior a possibilidade de conflitos e maior a necessidade de juízes.

46. ARMELIN, Donaldo. **Acesso à justiça**. Cit., p. 173.

Em segundo lugar, partindo-se da preexistente realidade sócio-econômica de cada país, o problema, mais uma vez, agora numa outra dimensão, continua a ser de política econômica. É que o exercício da função jurisdicional, como é elementar, exige estrutura suficiente, funcionários suficientes, mas, sobretudo, juízes suficientes para resolver os processos pendentes. Deste modo, o primeiro passo para se verificar a causa da demora excessiva dos processos é relacionar a quantidade destes com a quantidade de juízes disponíveis à população, para daí se constatar se os governos fizeram os investimentos necessários no que se refere às necessidades dos cidadãos nesse plano.⁴⁷

Nesse ponto cumpre verificar até onde vai a vontade política em resolver o problema. Dificilmente se chegará à solução necessária, porque os mais prejudicados com a demora da prestação jurisdicional são aqueles que se encontram nas classes menos privilegiadas da população; são aqueles que não têm como

esperar muito tempo pelo resultado do julgamento de uma causa e a quem falta força política para pressionar os agentes políticos que integram o Legislativo e o Executivo em investimentos na administração da justiça. Não se perca de vista que esses mesmos agentes políticos são aqueles que mais causam lesões aos direitos da população, não muito raro em massa, com prática de atos administrativos ilegais, imposição de tributos e planos econômicos inconstitucionais.

47. Para a análise deste problema costuma-se relacionar a população com a quantidade de juízes existentes. Pensamos, no entanto, que o mais acertado, porque se trata de critério mais objetivo e mais direto, é relacionar processos pendentes com juízes existentes. É claro que o fator quantidade de processos também é um dado variável a depender da maior ou menor complexidade dos casos submetidos a julgamento, mas forçoso é convir que processos simples e processos complexos existem em qualquer lugar. Ademais, não se perca de vista que o critério populacional pode variar muito em função do grau de litigiosidade existente em determinada localidade, não se devendo perder de vista que há forte tendência, como visto acima, a que haja maior quantidade de litígios e, assim, maior quantidade de processos, quanto maior for o nível de desigualdade econômica entre as pessoas.

Necessário se faz igualmente investigar qual a parcela de responsabilidade do próprio Poder Judiciário na demora da prestação jurisdicional. Um primeiro ponto pode estar também no aspecto político em que o Poder Judiciário se encontra envolvido. É que em determinados países o Poder Judiciário participa, de algum modo, do processo legislativo no que se refere à iniciativa das leis que criam cargos de juízes, servidores ou mesmo no que diz respeito ao encaminhamento de propostas orçamentárias, e provimento de cargos vagos de juízes e servidores⁴⁸. No entanto, nem sempre seus dirigentes se manifestam como deveriam no sentido de claramente encaminhar ao Poder Legislativo os projetos com as reais necessidades da população. Quando se manifestam, o fazem, não raro, com projetos tímidos, porque insuficientes, previamente negociados com os agentes dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, suportam o ônus político da deficiência ou falta do serviço, porque esses mesmos componentes do Legislativo e do Executivo são os primeiros a fazer carga junto ao povo por todos os meios que dispõem, inclusive os de comunicação de massa, no sentido de atribuir responsabilidade apenas aos membros do Poder Judiciário pela demora excessiva da prestação jurisdicional.

48. No Brasil, por exemplo, a Constituição dispõe no que se refere a tais matérias o seguinte: “compete privativamente: I – aos tribunais: c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias” (art. 96); “ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira; os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 99 e parágrafo 1º).

Sendo assim, o procedimento político correto dos dirigentes do Poder Judiciário deve ser no sentido de encaminhar projetos de lei conforme as necessidades da população, sem prévias nefastas negociações de bastidores. Caso tais projetos sejam rejeitados ou não atendidos a contento, a conduta adequada é expressar à opinião pública onde está a verdadeira causa de tal demora e quem são os responsáveis, ou pelos menos os principais responsáveis, por tão grave dilema. Não é o caso de dizer que isso conduzirá a uma desavença entre os Poderes ou que o povo quer saber de soluções, e não ouvir eventual bate-boca entre parlamentares, administradores e juízes. Se isso é certo, não menos certo é que cada um precisa claramente assumir ante a população responsabilidades por seus erros (por ação ou por omissão), e não querer atribuí-los a quem não os praticou; ou então se tinha outras prioridades e limitação de recursos, que exponha tudo isso ao povo com transparência. Isso também passa pela ideia de ética na política, além de ser uma questão de princípio e de justiça.

Segundo ponto a ser observado é o de se investigar se alguma parcela de responsabilidade pela demora excessiva da prestação jurisdicional deve ser atribuída ao próprio Judiciário no plano da própria administração da justiça. Alguns exemplos podem ser trabalhados: casos de juízes e servidores que não desempenham suas tarefas regularmente, deixando, inclusive, de comparecer ao serviço sem qualquer

justificativa; apuração e punição adequada de tais condutas pelos órgãos de controle; aplicação criteriosa dos recursos financeiros; racionalização do serviço jurisdicional. De outro lado, os agentes do Poder Judiciário não podem se escusar de suas responsabilidades no que se refere diretamente ao exercício da própria função jurisdicional com a prática de atos processuais desnecessários, adiamentos de atos processuais sem a menor necessidade, complacência com chicanas processuais de advogado de parte interessada na demora do julgamento da causa.

O último exemplo mostrado no parágrafo anterior demonstra que a demora excessiva na prestação jurisdicional também pode, não raro, ser atribuída às partes e seus advogados, de má-fé ou não. Advogados desprovidos de melhor preparo técnico muitas vezes praticam atos processuais errados que exigem despachos visando complementação ou correção. Mas também é preciso não esquecer que, via de regra, há uma das partes do processo que tem todo o interesse em acelerar o julgamento porque está com o seu direito violado, enquanto a parte que praticou a conduta violadora tem todo o interesse em atrasar ao máximo possível o julgamento da causa. Essa situação se inverte quando aquele obtém uma medida cautelar ou antecipatória da tutela. Por outras palavras, quem no processo se encontra numa situação fática de desvantagem em relação ao bem da vida tende a querer um julgamento célere; quem está numa situação de vantagem tende a querer atrasar tanto quanto puder o julgamento da causa. Assim, portanto, como percebido por Boaventura de Sousa Santos, “neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na (e não apesar da) demora dos processos”.⁴⁹

5.1. Tentativas de solução

As possíveis soluções para se tentar fazer com que o exercício da função jurisdicional se desenvolva no menor tempo possível começam por políticas econômicas dos governos no sentido de tentar a máxima divisão de renda entre os cidadãos, porque com isso inevitavelmente se reduzirão os conflitos e, conseqüentemente, a quantidade dos processos.

De outro lado, os governos também deverão orientar sua política econômica no sentido de dar ao serviço da administração da justiça a devida prioridade fazendo os investimentos necessários tanto no que se refere à estrutura quanto no que diz respeito à política de pessoal, tendo em vista a quantidade de processos existentes em determinada comunidade e outros dados complementares.

49. SANTOS, Boaventura Sousa. *Introdução à sociologia...*, cit., p. 127.

Ao próprio Poder Judiciário cabe a sua parcela de atuação não deixando de prover os cargos vagos já existentes e de encaminhar os projetos para a criação de tais cargos e de apresentar propostas orçamentárias segundo as reais necessidades da população. De outro lado, deve o Poder Judiciário atuar de maneira firme no que se refere à sua própria atividade administrativa, sendo rigoroso na fiscalização e punição de juízes e servidores faltosos, mas também investindo na melhor preparação intelectual de juízes e funcionários. No que se refere à própria atuação jurisdicional cumpre aos magistrados evitar atos processuais desnecessários, adiamentos desnecessários e coibir procrastinações pretendidas pelas partes ou seus advogados.

No que se refere às partes e aos advogados cumpre uma atuação processual competente e regular, evitando

-se, assim, demoras com emendas e correções e dispensando a prática de atos processuais procrastinatórios.

5.1.1. Instituição de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas

A instituição de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas é uma providência louvável e, assim, necessária ante a plethora de processos que abarrotam os tribunais a justificar procedimento mais

simplificado.

Nesse ponto, o problema está no posicionamento político para a solução jurídica do significado de **pequena causa**. Esse problema começa pelo fato de que o legislador quer se guiar apenas pelo critério do valor econômico da causa como meio de firmar sua menor complexidade.⁵⁰ As dificuldades para a solução de tal problema se acentuam nos países de grande desigualdade econômica entre os cidadãos, tendo-se em consideração que os procedimentos dos processos da competência desses órgãos jurisdicionais de pequenas causas tendem a privilegiar o fator **celeridade** em detrimento dos fatores **segurança e justiça**; muitas vezes esse descompasso descamba para a quebra de direitos e garantias constitucionais e processuais sacramentados pelos sistemas jurídicos democráticos, tudo em nome, muitas vezes, de um falso acesso à justiça.⁵¹

50. A Constituição brasileira apresenta um conceito extremamente vago ao tratar da necessidade de criação desses juizados especiais quando fala em causas cíveis de menor complexidade (art. 98, I). Ora, um dos conceitos mais complexos em qualquer plano, principalmente no plano jurídico, é o conceito de **complexidade**. Há uma tendência a que quanto mais baixo o valor econômico da causa menos complexa ela deve ser. Mas isso não passa de tendência, ou seja, não pode ser considerado como dado único com todas as suas consequências, até porque nem toda causa tem conteúdo econômico. Há que se analisar o caso concreto, porquanto uma causa pode ter valor econômico baixo e ser de média ou grande complexidade, do mesmo modo que pode ter valor econômico elevado e ser de menor complexidade. Ademais, não se pode desconsiderar o aspecto subjetivo, ou seja, a situação econômica das partes no caso concreto. O fato é que temos no Brasil duas Leis federais que regulamentam esses juizados especiais sem justificativa plausível no que se refere a diversidade de procedimento: uma, que se aplica à Justiça Estadual (Lei n. 9099/1995), apesar de não ter essa finalidade específica; outra, que se aplica à Justiça Federal (Lei n. 10.259/2001). Ambas se limitam ao critério meramente objetivo (o valor econômico da causa) para o fim de definir o que é causa de menor complexidade: a primeira considera como causa de menor complexidade, dentre outras, a que não exceder 40 vezes o salário mínimo (art. 3º); a segunda, sem qualquer razoabilidade na diferença de tratamento, dispõe que os juizados especiais federais tem competência para julgar causas, excluindo algumas hipóteses, até o valor de 60 salários mínimos (art. 3º).

51. No direito brasileiro percebe-se que a Lei n. 9099/1995 contém inúmeras situações de inconstitucionalidade, conforme os exemplos a seguir: a) “não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial” (art. 20), enquanto, de outro lado, “extingue-se o processo sem julgamento do mérito quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo” (art. 51), o que viola o princípio da isonomia, uma vez que na primeira situação há forte tendência de o demandado perder a causa, enquanto na segunda hipótese o demandante faltoso não corre tal perigo, além de retirar do demandado o direito ao julgamento do mérito da causa por ato unilateral do adversário; b) “sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem inter

Nesse particular, efetivamente, a inserção de um aspecto meramente objetivo e geral com base no valor econômico da causa, deixando de levar em consideração as grandes diferenças de condições econômicas entre os cidadãos (aspecto subjetivo), significa aplicação do princípio da isonomia à moda do liberalismo nas suas origens. Ocorre que de há muito que o conteúdo jurídico do princípio da isonomia impõe tratamento desigual entre as pessoas, privilegiando umas em detrimento de outras na medida da desigualdade entre elas, tentando-se, com isso, uma igualdade real ao máximo possível. É nessa perspectiva que os ordenamentos jurídicos costumam, por exemplo, garantir um tratamento privilegiado ao empregado em relação ao empregador, ao consumidor em relação ao fornecedor, etc.

rupção da audiência” (parágrafo único do art. 29), o que agride o princípio da ampla defesa, na medida em que as partes poderão ter necessidade de examinar os documentos com maior rigor, o que pode exigir prazo razoável para tal manifestação; c) “não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência” (art. 10), dispositivo que viola o princípio da ampla defesa porque há situações em que o direito das próprias partes poderá ficar comprometido caso não se demande de logo também contra terceiros, como na hipótese de evicção, ou comprometer direitos de terceiros, caso fiquem impedidos de intervir como assistentes de alguma das partes; d) “a extinção do processo (sem exame do mérito) independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes” (parágrafo 1º do art. 51), o que agride o princípio do processo devido em direito, na medida em que as partes têm o elementar direito de tentar influenciar a decisão judicial, inclusive para colaborar no resultado desta, no sentido de evitar erros do juiz por falta de informação correta sobre os fatos; e) “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei” (art. 59), o que agride ao direito constitucional de ação, na medida em que, tal como acontece no processo civil comum, existem situações excepcionais em que há que se garantir o direito de se impugnar a própria sentença passada em julgado; f) no julgamento em segunda instância “se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão” (art. 46, 2ª parte), o que viola ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, porquanto tal fundamentação é algo inerente ao Estado democrático de direito, além do que exigindo, como se exige, fundamentação do recurso, a repetição dos fundamentos da sentença significa que o julgamento do órgão de 2º grau não enfrentou os argumentos de fato e de direito apresentados pelo recorrente, ou seja, em nada fundamentou sua decisão.

Deste modo, se as partes do processo têm idênticas condições econômicas, a solução dos órgãos

jurisdicionais de pequenas causas, afastadas algumas evidentes situações de inconstitucionalidade, é aceitável. No entanto, é mister reconhecer que determinada causa pode não ter maior relevância, segundo o valor econômico fixado pelo legislador, para uma pessoa da classe rica ou da classe média, mas pode representar todo o patrimônio, ou grande parte deste, para uma pessoa da classe pobre, ou até mesmo ser o único bem que essa pessoa tem para sobreviver. Pense

-se numa causa em que está em jogo a casa residencial de uma pessoa pobre, bem esse que ela passou lutando toda a sua vida para adquirir, enquanto do outro lado está como parte uma grande empresa de construção civil; pense-se numa causa envolvendo o veículo de um motorista de táxi, bem que ele passou grande parte da sua vida para adquirir e que é o único meio de sua sobrevivência e de sua da família, enquanto do outro lado está um banco ou uma grande empresa fabricante de veículos. Ora, como a quebra dos direitos processuais é via de mão dupla, ou seja, tanto pode prejudicar o pobre quanto o rico ou o remediado, se estes forem os prejudicados não têm eles muito ou mesmo quase nada a perder; mas se o prejudicado for o pobre, o que é uma forte tendência ante suas notórias dificuldades na luta processual, poderá ele perder tudo ou muito do que conseguiu obter com sangue, suor e lágrimas num processo injusto; e se assim ocorreu, tivesse maiores garantias constitucionais e processuais, talvez obtivesse um processo justo. E maior será essa tendência, na medida em que determinados ordenamentos jurídicos, sustentados no falso discurso de garantir maior acesso à justiça, admitem nesses juizados o direito de postulação à própria parte, dispensando, assim, a defesa técnica dos direitos em juízo, quando o correto seria garantir defesa técnica gratuita ao necessitado.⁵²

De outro lado, é preciso não perder de vista que as partes podem se encontrar numa mesma situação econômica e estarmos diante do mesmo dilema de modo a se considerar imprestável o procedimento aplicável nas causas da competência dos órgãos jurisdicionais de pequenas causas. Evidentemente que tal hipótese só se verificará entre pessoas pobres.

52. No direito brasileiro, a referida Lei n. 9099/1995 dispõe que nas causas de valor até 20 salário mínimos as partes poderão postular sem advogado (art. 9º), mas “no recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado” (parágrafo 2º do art. 41). No âmbito da

Se a criação dos órgãos jurisdicionais de pequenas causas, com a simplicidade do seu procedimento levada ao máximo, fosse toda essa maravilha que se costuma apregoar sem maiores reflexões, cabe então perguntar: por quê não aplicarmos essa grande descoberta a todos os casos? Por quê estamos a perder tanto tempo com esse “tormentoso”, “enfadonho” e “ultrapassado” procedimento ordinário? Seguramente que as classes mais privilegiadas da sociedade terão, pronta e imediatamente, a seguinte resposta para dar: “não abriremos mão das nossas garantias constitucionais e processuais quando parcela considerável do nosso patrimônio estiver em jogo”. Então, será o caso de igualmente se responder que os componentes das classes menos privilegiadas têm direito às mesmas garantias processuais quando parcela considerável do patrimônio deles estiver em jogo, apesar de essa parcela patrimonial, para eles realmente considerável, o legislador ter afirmado ser objeto de pequena causa.

Justiça Federal a Lei n. 10.259/2001 dispõe expressamente apenas que “as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogados ou não” (art.10). Na prática tem-se entendido que apenas para os recursos exige-se advogado, apesar de tal Lei nada expressar sobre o assunto. Não é novidade no Brasil o direito de postulação às partes independente de advogado muito antes da atual Constituição. Assim pode ser no processo trabalhista (cf. Consolidação das Leis do Trabalho, art. 791) e no processo penal com relação ao direito de propor ação de *habeas corpus* (Cf. Código de Processo Penal, art. 654). O próprio Código de Processo Civil após firmar a regra geral de que “a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado”, insere exceção no sentido de que “ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver” (art. 36). Tais situações foram questionadas a partir da Constituição de 1988, ao dispor que “o advogado é essencial à administração da justiça” (art. 133) e que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (art. 134). A jurisprudência brasileira inclinou-se para o entendimento de que as exceções antes existentes não afrontavam a tais dispositivos da Constituição, bem assim que as supra referidas Leis posteriores que disciplinaram a instituição dos juizados especiais não afrontavam a Constituição quando permitiram a atuação das partes sem advogado. Na realidade, dizer que o advogado é sempre essencial à administração da justiça é inserir na Constituição uma cláusula corporativista e que constitui reserva de mercado em favor dos advogados. Ora, se um rico empresário quer defender pessoalmente os seus direitos disponíveis em juízo o problema é todo dele. Os advogados não terão motivos para preocupações porque a realidade prática revelará que essas

pessoas não são idiotas para assim procederem. Certamente que constituirão advogados para a defesa dos seus direitos, e seguramente também que procurarão os melhores, não só porque não colocariam facilmente em jogo seu precioso patrimônio, como também porque não gastariam seu precioso tempo fora das suas atividades normais. O problema é o pobre. Quanto a este, com relação a quem o advogado é, efetivamente, essencial faz-se da Constituição letra morta, porque, mais do que ninguém, precisa de defesa técnica dos seus direitos, na medida em que a pobreza costuma vir acompanhada da ignorância, e ao invés de a eles se conceder advogado gratuitamente vem-se com o discurso enganador de que permitindo-se à parte o direito de postular em juízo sem advogado garante-se o acesso à justiça. Para os necessitados o advogado deve, sim, ser essencial à função jurisdicional do Estado, só que o Estado deve garantir advogado gratuito a tais pessoas. Até que concordamos em que, mesmo entre pobres, o Estado não precisaria gastar seus recursos com defensor público para causas de mínima significância, a exemplo de causas em que se pede indenização porque o cão de um vizinho engoliu a galinha do outro. Mas em casos assim, a melhor solução, na linha do exposto no item seguinte, é a justiça leiga (denominada no Brasil de juizado de paz). Nesse contexto e nessa medida, temos como certo que todas essas normas que dispensam advogado para atuação em juízo no que se refere aos necessitados, quando consideráveis direitos seus estão em jogo, são inconstitucionais, na medida em que violam o princípio da ampla defesa dos direitos. Em relação ao *habeas corpus* observe-se que está em jogo o direito indisponível à liberdade. Até pela circunstância de que quem está ameaçado de prisão ou quem se encontra preso possivelmente terá grandes dificuldades para constituir advogado, é correto permitir o direito de ação sem advogado. Mas, mais uma vez, na verdade, o problema aqui é o necessitado. Se o rico não colocaria em dificuldades o seu patrimônio deixando de constituir advogado para defesa dos seus direitos, muito menos arriscaria a sua liberdade deixando de constituir advogado para resgatá-la. Por isso mesmo, entendemos que na ação de *habeas corpus* proposta pelo próprio paciente sem habilitação profissional o juiz ao mesmo tempo em que requisitar informações à autoridade coatora deve requisitar defensor público em favor do paciente para defesa técnica deste.

Destarte, a instituição de órgãos especiais de pequenas causas é necessária e muito relevante primeiramente entre pessoas iguais ou aproximadas das classes alta e média ou mesmo entre pessoas da classe baixa, desde que digam respeito a bens de pequena significância para eles. Mesmo quando há grande diferença econômica entre as pessoas em litígio, mas o bem em jogo não tem maior relevância, como soe acontecer em determinadas relações de consumo, justifica-se a solução dos órgãos jurisdicionais de pequenas causas. Ou então essa relevância é tão mínima que, conforme se verá no item posterior, o mais correto deve ser a atribuição de competência para essas causas a juizados leigos.

Deste modo, válido é concluir, que, sendo certo que nas causas de conteúdo econômico tem-se que partir, na maioria dos casos, de um critério objetivo fundado na fixação de valores para se saber o que é causa de grande ou média relevância ou de grande ou média complexidade (a ser entregue à justiça ordinária); de pequena relevância ou menor complexidade (a ser entregue aos juizados especiais); de mínima relevância ou sem qualquer complexidade (a ser entregue aos juizados leigos). No entanto, não se pode, em absoluto, desprezar o aspecto subjetivo, é dizer, a situação econômica das partes no caso concreto.

Por último, na tentativa de se encontrar o significado jurídico de pequena causa não se deve levar em consideração apenas o aspecto econômico, uma vez que podem existir causas sem tal conteúdo que não tenham qualquer complexidade ou tenham grande complexidade.

5.1.2. Instituição de órgãos jurisdicionais leigos

Para os casos sem qualquer complexidade e de valor sem maior relevância, uma solução possível, que, aliás, poderia contribuir para a redução de despesas do Estado com defensores públicos e juízes togados, e assim também para a celeridade dos processos a estes atribuídos, parece ser a instituição de órgãos jurisdicionais compostos por juízes leigos.⁵³

Põe-se o mesmo problema descrito no item anterior, qual seja a rejeição que deve merecer o critério exclusivamente objetivo geral fundado apenas no valor econômico da causa, sem olhos para o aspecto subjetivo, ou seja, sem atentar para a situação econômica das partes envolvidas na demanda. Nesse sentido, vale aqui tudo quanto exposto no item anterior.

Do mesmo modo, não se deve esquecer as causas sem conteúdo econômico, mas que não tem a menor complexidade, como é o caso da maioria das causas de jurisdição voluntária.⁵⁴

De outro lado esses juizados leigos ou de paz poderiam também funcionar previamente como órgãos de conciliação, a qual, quando obtida, reduz custos para o Estado, na medida em que dispensa todo o restante do curso do processo.

5.1.3. Incentivo à arbitragem

O juízo arbitral é uma forma alternativa de solução de conflitos. Trata-se de permissão conferida pelo legislador às pessoas de resolverem seus conflitos fora da atuação estatal, por meio de outro particular (árbitro) que funciona como juiz.

53. A Constituição brasileira admite a justiça leiga, que denomina de “justiça de paz” com atribuição apenas “para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação” (art. 98, II).

54. Assim, por exemplo, no caso do direito brasileiro, a confirmação de testamento particular (CPC, arts. 1130 a 1133) e coisas vagas (CPC, arts. 1170 a 1176).

Fica fácil perceber que essa solução tem alto custo para as partes em conflito e visa, na prática, atender aos interesses das classes mais privilegiadas economicamente, uma vez que o pagamento de todas as despesas processuais e os honorários do árbitro ou árbitros incumbe às próprias partes.

Tal solução legislativa tem cunho liberal. As classes mais privilegiadas perderam a paciência com a demora da prestação jurisdicional estatal. Então, por via legislativa têm a opção de escolher o juiz privado do caso, podendo, assim, obter solução jurisdicional rápida, vantagens que não têm por via da prestação jurisdicional estatal, porque os juízes estão normalmente abarrotados de processos e, de outro lado, o sistema estatal não admite escolha de juiz, concedendo, no máximo, a escolha de foro.⁵⁵ Nada a opor a tal iniciativa, porque cada demanda que se deixa de levar ao Estado e que se soluciona por via arbitral melhor para o resto da sociedade.

Do ponto de vista das classes menos privilegiadas tal solução só pode ser alcançada se houver colaboração da sociedade civil. Por outras palavras, se instituições não governamentais, a começar pelo órgão de classe dos advogados, se dispuserem a prestar tal tipo de serviço à população pobre gratuitamente ou então se o próprio Estado se dispuser a pagar os custos do processo, inclusive os honorários dos árbitros, a arbitragem pode ter alguma funcionalidade em favor da população pobre.

55. A arbitragem fora instituída no Brasil com a edição da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, cujo projeto fora da iniciativa do Senador Marco Maciel, do então Partido da Frente Liberal, hoje Partido Democrático (DEM). Essa Lei não admite questionamento das decisões do árbitro perante órgãos jurisdicionais estatais, porque “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (art. 31), cabendo ação anulatória perante o Poder Judiciário em casos excepcionais no prazo de 90 (noventa) dias, após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento” (art 33 e parágrafo 1º). Antes de tal Lei entrar em vigor a solução arbitral estava regulamentada no Código de Processo Civil, que exigia a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário.

5.1.4. Política legislativa e hermenêutica judicial no sentido de facilitar a tutela jurisdicional dos direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos

Na chamada sociedade de massas afloram determinados conflitos que, dada a sua natural amplitude, são de interesse geral e, assim, envolvem os denominados direitos coletivos.

A expressão **direitos coletivos** é geral, abrangendo as espécies **direitos difusos** e **direitos coletivos em sentido estrito**. Os **direitos individuais homogêneos**, como evidentemente resulta do nome, são individuais, mas por abranger número considerável de pessoas, a exemplo de determinadas situações de relações de consumo, são tratados juridicamente como se fossem coletivos.

Os direitos difusos são os mais amplos, se caracterizam pela transindividualidade, pela indivisibilidade, pela indeterminação dos titulares que estejam ligados por circunstâncias de fato. É o caso, como exemplo mais claro que se pode apresentar, do direito ao meio ambiente saudável.

Os direitos coletivos (em sentido estrito) se caracterizam pela transindividualidade, pela indivisibilidade e pela titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Cita-se como exemplo o direito do órgão de classe dos jornalistas insurgir-se contra uma lei ou decreto que venha a cercear o direito de livre manifestação dos componentes de tal classe.

Os direitos individuais homogêneos são decorrentes de origem comum, que envolvem um número

considerável de pessoas. É o caso, por exemplo, do fato de determinado laboratório ter lançado à venda determinado produto que causou lesão aos adquirentes; outro exemplo: determinada empresa que colocou à venda determinado produto com quantidade menor do que a anunciada na embalagem, lesando, assim, a todos os adquirentes de tais produtos.⁵⁶

Esses tipos de conflito, como fica fácil perceber, geram muitas dificuldades para a sociedade e para o Estado, porque têm alta relevância social e caso não sejam solucionados, poderão acarretar alto nível de perigo para toda a sociedade.

Em determinadas situações alusivas aos direitos individuais homogêneos a lesão a cada pessoa é, às vezes, tão insignificante que não se justifica a utilização da máquina judiciária para reaver tal direito, ante o custo do processo e o custo indireto com a perda de tempo. Ocorre que não é aceitável que se deixe tais direitos sem qualquer reparação, uma vez que se a lesão individual é mínima, tal lesão vista coletivamente quase sempre é muito elevada, sem prejuízo da necessidade da aplicação de sanções de natureza administrativa que casos como tais exigem. A lesão mínima, exatamente por não compensar individualmente a via civilizada da tutela dos direitos por meio da jurisdição, ao invés de aparente conformismo, pode significar, na realidade, uma “litigiosidade contida”, e resultar em vinganças coletivas por meio de revoltas populares, solução que não convém ao Estado nem à sociedade civil.⁵⁷

Sem nenhuma dúvida que é necessária a constante tentativa de superar a cultura meramente individualista em relação aos direitos coletivos e aos direitos individuais homogêneos, como se tais direitos fossem do mesmo nível dos direitos individuais. A exigência dessa nova maneira de encarar o problema vale tanto no plano processual como no plano material, a começar por uma nova cultura do ensino jurídico nas universidades, onde, não raro, persiste a prevalência de conteúdo programático das matérias com visão individualista do direito; isso quando não se ignora por completo o ensino dos direitos coletivos.

56. No direito brasileiro, essas definições se encontram, em termos, expressas no art. 81 e parágrafo único da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

57. No expressivo dizer de Kazuo Watanabe, “litigiosidade contida” é “fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na ‘panela de pressão’ social, que já está demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência (‘quebra-quebra’ ao atraso dos trens, cenas de violência no trânsito e recrudescimento de outros tipos de violência)” (WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de peque- nas causas**. In *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2).

Esse tema, como se sabe, não é novo, mas a verdade é que ainda há grande tendência à cultura de se procurar primeiro proteger os direitos individuais para depois se pensar em proteger os direitos coletivos.

Deste modo, faz-se necessário que se dê um tratamento jurídico diferenciado em relação aos direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, principalmente no sentido de ampliar ao máximo a legitimação nos casos de tutela jurisdicional coletiva, afastando-se maiores formalidades com relação à prova dessa legitimação, bem assim na caracterização do que vem a ser direito coletivo.⁵⁸ e coletivos; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, II, III e V). Existem no direito brasileiro diversas leis disciplinando a tutela jurisdicional coletiva. A principal, porque a mais geral, é a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que no que se refere a legitimação dispõe o seguinte: “a ação principal e a ação cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 5º). “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (parágrafo 4º do art. 5º). Grande parcela dos juízes brasileiros tem dado interpretação restritiva aos problemas de legitimação em tutela jurisdicional coletiva. No caso do art. 5º, XXI alguns juízes têm exigido autorização individual escrita de todos os associados para que a entidade possa propor a ação em juízo, quando na verdade a norma constitucional não faz tal exigência, até porque em caso de milhares de associados os autos do processo ficariam abarrotados de papéis desnecessariamente; pensamos que essa autorização pode ser obtida por meio de aprovação em assembléias gerais dessas associações, legítima e formalmente convocadas, ressaltando-se no processo as manifestações dos vencidos minoritários que não querem defesa de seus direitos por meio da entidade associativa.

58. A Constituição brasileira trata expressamente de temas envolvendo legitimação em relação à tutela jurisdicional coletiva dos direitos em mais de uma oportunidade. Assim: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimação para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (art. 5º, XXI); “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX); “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII); “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (art. 8º, III); “são funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos

Capítulo II

O acesso à justiça como garantia e direito fundamental – dimensão constitucional do princípio do acesso à justiça

SUMÁRIO : 1. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. 2. Direitos fundamentais. Visão geral. 3. Razões da caracterização do acesso à justiça como direito fundamental. 4. O princípio do acesso à justiça e sua relação com os demais princípios constitucionais. 4.1. Os princípios jurídicos. Visão geral. 4.2. O princípio do acesso à justiça e sua relação com outros princípios constitucionais gerais. 4.2.1. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio do Estado de direito. 4.2.2. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio democrático. 4.2.3. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da socialidade. 4.2.4. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da igualdade. 4.2.4.1. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

1. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional

O Direito Processual, particularmente no que interessa ao presente trabalho, tem suas fontes em diversos diplomas normativos. É inconcebível imaginar-se o Direito Processual apenas a partir dos códigos de processo e das leis processuais infraconstitucionais extravagantes. Esse suposto isolamento não existe. A autonomia científica de determinado ramo do Direito é fato a ser apurado. Não mais se pode desconsiderar a autonomia do Direito Processual como ramo regulamentador da conduta dos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual (juiz e partes) e não apenas como regulamentador de formas. No entanto, o ordenamento jurídico é um todo, isto é, tem-se como uma das suas características a unidade, de maneira que todos os seus ramos estão envolvidos uns com os outros numa espécie de relação entre vasos comunicantes.

Do ponto de vista hierárquico, o mais relevante estatuto normativo é a constituição, impregnada de princípios (explícitos ou implícitos), a partir, no que se refere ao direito processual, do **princípio do processo devido em direito**, alguns deles também caracterizados como garantias e direitos fundamentais, dentre os quais se insere o **princípio do acesso à justiça**. Segue-se o código de processo civil, principal estatuto regulamentador da constituição no que diz respeito ao processo em geral e ao processo civil em particular, outros códigos de processo e leis processuais extravagantes. Abaixo dessas leis surgem outros diplomas regulamentadores, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais. Ao mesmo tempo a constituição pode conter dispositivos prescrevendo competência de órgãos jurisdicionais, controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, etc. Fala-se, na primeira hipótese, em Direito Constitucional Processual, e, na segunda hipótese, em Direito Processual Constitucional em sentido estrito. Os dois aspectos em conjunto envolvem o que se denomina de Direito Processual Constitucional em sentido amplo.⁵⁹

2. Direitos fundamentais. Visão geral

Os direitos atribuídos por determinado ordenamento às pessoas são hierarquizáveis, ou seja, existem

direitos que são mais relevantes do que outros, tendo em vista os bens da vida protegidos. Certos bens da vida são considerados direitos inalienáveis do indivíduo, de maneira que pela importância que tais direitos têm são considerados direitos fundamentais e, assim, encontram proteção diretamente na constituição.

59. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 965-967.

Os bens da vida superiores inalienáveis, uma vez garantidos na constituição, não mais são meras expectativas decorrentes de cartas de intenções e passam à condição de direitos positivados, passíveis, assim, de proteção jurídica, de maneira que qualquer análise teórica em torno do assunto não tem como deixar de considerar o problema sob a óptica de direito posto.⁶⁰

As constituições modernas costumam destacar capítulos carregados de enunciados normativos que qualificam como direitos fundamentais. No entanto, cabe perguntar se todos os enunciados normativos inseridos em tais capítulos devem, só por isso, ser considerados como direitos fundamentais; ou, ao contrário, se existem enunciados normativos que se encontram fora de tal capítulo, mas que, no entanto, devem ser considerados como direitos fundamentais. Temos como certo que o critério meramente estrutural não pode ser aceito, porquanto soa meramente arbitrário, em detrimento da ideia de conteúdo, que, efetivamente deve ser considerado. Por outras palavras, nem tudo que está posto no capítulo dos direitos fundamentais da constituição deve ser considerado como direito fundamental; *a contrario sensu*, existem direitos fundamentais que estão transcritos em outros locais da constituição ou em estatutos normativos hierarquicamente inferiores ou mesmo não expressos em nenhuma norma escrita, mas são considerados princípios jurídicos implícitos tipificadores de direitos fundamentais.

60. Como asseverado por Robert Alexy, “*una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania*”. ALEXY Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução castelhana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 28.

Nesse contexto, necessário se faz superar a ideia de fundamentalidade meramente formal para a ideia de fundamentalidade material, qual seja aquela que se refere aos bens mais relevantes para a sociedade como um todo, ou, aquela que, no dizer de J. J. Gomes Canotilho, “insinua que todo o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.⁶¹Evidentemente que o que vem a ser “bens mais relevantes para toda a sociedade” ou “conteúdo constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” tem um grau de relatividade em função dos valores mais assentes em cada sociedade, sempre tendo em consideração determinados momentos históricos. No entanto, forçoso é convir que com referência a determinados bens da vida podem ser encontrados pontos de consenso no sentido do que, na atualidade, tendo em conta as sociedades qualificáveis como democráticas, devem ser considerados como direitos fundamentais, a exemplo da própria vida, da liberdade, da intimidade, da honra, etc.

Esses direitos fundamentais substanciais, por isso mesmo, devem ser efetivados. Como essa efetivação nem sempre acontece, necessário se faz a previsão de direitos fundamentais processuais, como um dos mecanismos de tentativa de efetivação dos direitos fundamentais substanciais, conforme a seguir exposto.

3. Razões da caracterização do acesso à justiça como direito fundamental

Sabe-se que em vista de determinado conflito surgido pelo fato da não realização voluntária do direito objeto de relação jurídica de direito substancial, nem houve ou não foi possível haver resolução bilateral do conflito pelas próprias partes (autocomposição), tal conflito, em regra, só pode ser resolvido pelo próprio Estado, que chamou à sua responsabilidade o monopólio do poder jurisdicional. Dito de outro

modo, só em pouquíssimas situações excepcionais o Estado autoriza a realização unilateral do direito por mão própria (autotutela) ou resolução mediante jurisdição constituída bilateralmente pelas próprias partes (arbitragem).⁶²

61. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., p. 383.

62. A autotutela, além de excepcional, em verdade não soluciona o conflito, mas permite a atuação pessoal unilateral contra ameaça a provável direito ante situação tão urgente que não há como o afirmado titular desse direito obter providência estatal imediata, de maneira que se não agir de logo sofrerá ou poderá sofrer lesão grave irreparável ou de difícil reparação. Não é por outra razão que, em regra, o exercício do direito de autotutela exige como condição da licitude do ato a reação incontinenti no objetivo de evitar a lesão. Atente-se para o exemplo da legítima defesa da vida e da integridade física (cf., p. ex., Código Penal brasileiro, arts. 23, II e 25), bem assim do direito de autodefesa da posse (Código Civil brasileiro, parágrafo 2º do art. 1210), e do direito de embargar extrajudicialmente obra realizada por terceiro em detrimento de sua posse ou propriedade (cf. Código de Processo Civil brasileiro, art. 935). Neste sentido, cf. na doutrina portuguesa, em termos, o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias quando, após firmar a ideia do monopólio estadual da função jurisdicional, assinala que isso “não significa, no entanto, total exclusão da autodefesa, mas reconhecimento da sua admissibilidade só em casos muito excepcionais, rigorosamente delimitados pela lei e subordinados à ideia da «impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais, para evitar a inutilização prática» do direito (art. 336º do CC)” (*In Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 1º vol., p. 26). Fora de situações de urgência a autotutela é conferida apenas ao Estado no exercício do poder administrativo e em casos excepcionais, a exemplo do poder de punir servidores públicos. Afirmamos que não há solução do conflito porque a autotutela necessita ou permite, conforme o caso, de futura aferição da licitude da conduta unilateral do agente pela via jurisdicional estatal. Assim, por exemplo, normalmente, o ato de matar alguém em legítima defesa é apurado em processo judicial; o embargo extrajudicial de obra exige que o agente particular proponha ação judicial de nunciação de obra nova no prazo legal sob cominação de cessação de efeito do embargo (cf. CPC brasileiro, parágrafo único do art. 935). Nos exemplos de legítima defesa da propriedade e atuação da Administração contra particulares é permitido a quem sofreu a injunção unilateral do adversário questionar a alegada licitude do ato perante os órgãos jurisdicionais estatais. Nesses casos, havendo omissão do interessado em discutir o ato da parte contrária além dos prazos legais de prescrição ou decadência, conforme o caso, houve, sem dúvida, resolução unilateral do

Se o direito não realizado voluntariamente só pode ser, em regra, realizado autoritativamente, ou seja, pelo próprio Estado (jurisdição), segue-se, como imperativo lógico, que deve ser garantido o direito de ação. E assim é porquanto o Estado ao se afirmar com poder jurisdicional único caso não garantisse o direito de ação seria o mesmo que dizer que os direitos podem ser abertamente violados sem qualquer possibilidade de realização desses direitos contra os violadores. De outro lado, o direito de ação é bilateral, impondo-se, assim, a audiência da parte contrária. Dito de outra maneira, ao réu deve ser garantido o direito de ação, enquanto defesa, além do que, não raro, o juiz deverá colher provas. Ante tudo isso, há necessidade do processo para que o Estado possa declarar o direito (sentença). É a trilogia estrutural do processo.

De outro lado, como vivemos numa sociedade com grande desigualdade econômica, se a autotutela fosse sempre permitida haveria um caos social. Seguramente, os mais fortes economicamente iriam violar direitos ou impor ao seu modo a solução dos conflitos aos economicamente mais fracos sem qualquer possibilidade de reparação dessas violações.

Sendo assim, toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça.⁶³ Sem embargo de ser ao mesmo tempo direito e garantia, o acesso à justiça também pode ser qualificado como um princípio jurídico com fundamento constitucional.⁶⁴

conflito sem qualquer intervenção judicial estatal. No direito brasileiro a resolução de conflitos pela via da arbitragem pode resultar em limitações nos casos de sentença de prestação, porque na hipótese de não cumprimento voluntário da sentença terá o titular do direito que se socorrer da jurisdição estatal para obter a efetivação do direito.

63. Como assinalado por José Carlos Vieira de Andrade, “o meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias continua a ser, no entanto, constituído pela *garantia*, a todas as pessoas, de *acesso aos tribunais*, para defesa da generalidade dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20º, nº 1) – ela própria, como vimos, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Este direito-garantia implica o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (nº 2) e inclui o direito a uma «decisão em prazo razoável» mediante *processo equitativo*» (nº 4), isto é, a uma protecção jurídica *efectiva* e em *tempo útil*”.
ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp.

64. Sem dúvida que é necessário que se estabeleça distinção entre garantia, direito, princípio e regra. O conceito **garantia** pode ser visto em sentido amplo e em sentido estrito. Todo sistema jurídico que se preza é um sistema de direitos e garantias em caráter substancial (sobre os bens da vida) a esperar realização voluntária desses direitos, isto é, a exigir de todos o cumprimento dos seus deveres jurídicos frente aos direitos subjetivos de outrem ou a garantia de realização autoritativa desses direitos em caso de não realização voluntária. Em sentido estrito garantia se refere à exigência de realização de direitos fundamentais substanciais nas mesmas circunstâncias antes descritas, vale dizer, inicialmente em caráter voluntário, ou secundariamente em caráter autoritativo. No sentido estrito nem todo direito é uma garantia, mas toda garantia é um direito. Ainda nesse sentido, é possível que um direito-garantia seja também um princípio, quer dizer, é também uma norma de valor superior consagrada e positivada por determinada sociedade e que está acima das simples regras de conduta, na linha do explicitado adiante no texto principal. É o que ocorre, por exemplo, com o acesso à justiça, o princípio do devido processo em direito, o princípio do contraditório, etc. Assim, não se deve estranhar no presente trabalho referir-se ao acesso à justiça ora como direito, ora como garantia e ora como princípio. Para uma distinção entre garantias, princípios e regras veja-se GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. **Garantías, principios y reglas del proceso civil**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires: Sem publicação editorial, 2010, capítulo I; cópia gentilmente cedida pelo autor. Para uma definição de **garantias** veja-se FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 60/71.

4. O princípio do acesso à justiça e sua relação com os demais princípios constitucionais

4.1. Os princípios jurídicos. Visão geral

Determinados valores jurídicos superiores consagrados impositivamente pela sociedade dispensam normatividade expressa. Se tais valores jurídicos ganham aceitação expressa do legislador, tanto melhor; mas se têm aceitação na sociedade, evidentemente que não perdem o caráter normativo superior, embora implícito.⁶⁵

Hans Kelsen reconhece que “o sentido subjetivo do facto que constitui o costume é um dever-ser, o sentido de que nos devemos conduzir de acordo com o costume”. No entanto, no seu afã positivista, ressalta que “o sentido subjetivo do facto consuetudinário só pode, porém, ser pensado como norma jurídica objectivamente válida se este facto assim qualificado é inserido na Constituição como facto produtor de normas jurídicas”.⁶⁶ E ao propósito dos princípios jurídicos o ora referido autor nega a natureza jurídica dos mesmos.⁶⁷

65. Diz Luis Legaz y Lacambra – em nosso entender com exagero – que “*nosotros nos pronunciamos abiertamente por la interpretación según la cual los principios generales del Derecho son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta: principios de Derecho natural, si quiere usarse esta terminología*”. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Introducción a la ciencia del derecho**. Barcelona: Bosch, 1943, p. 401. Noutro lugar este mesmo autor reitera tal ponto de vista no sentido de associar princípios gerais de direito a direito natural, ao escrever que “*en definitiva, los principios generales del Derecho son ‘Derecho natural’, pero este es siempre normatividad concreta y en los escalones más bajos de la concreción, el contenido yusnaturalista se difumina progresivamente*”. **Filosofía del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1972, p. 606. Eros Roberto Grau é claro e contundente ao caracterizar os princípios jurídicos como normas jurídicas positivas. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 44-45.

66. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962, vol. II, p. 71.

67. Escreve o referido autor que “como princípios do “Direito” podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter

Entendemos que o costume é fonte do direito. Mais: é a mais autêntica das fontes do direito, na medida em que emana da própria comunidade e não das instâncias institucionalizadas, as quais muitas vezes produzem normas sem a menor eficácia, exatamente porque completamente fora da realidade social. O costume e os princípios jurídicos são aceitos pela comunidade para valermos como normas jurídicas e não apenas para servirem de inspiração ao legislador. A eficácia de tais normas jurídicas é tão forte que, via de regra, dispensa norma legislada que as corrobore, ou então a comunidade as cumpre de maneira tão reiterada que não há necessidade de provocação judicial por não haver conflito. E se houver necessidade de tal provocação, o costume e os princípios são invocados como normas jurídicas. Se o órgão da administração ou o órgão jurisdicional os aplicou num caso concreto, só poderiam fazê-lo como fonte normativa.

Os poderes dos agentes do Estado não são absolutos. Ninguém pode tudo. Nenhuma autoridade do Estado pode decidir impondo a alguém determinada conduta com base numa norma não legislada que a

comunidade aceita enquanto norma moral, mas recusa a qualidade de norma jurídica. Só para exemplificar: se um milionário se nega a dar uma esmola a um pedinte faminto, e este propõe ação contra aquele para tal fim, nenhum juiz pode impor ao milionário, por mais milionário que seja, a conduta de dar esmola ao pedinte faminto, por mais faminto que esteja, de modo que a repugnância à conduta do milionário que negou esmola ao miserável não passa do plano da moral; num país de inflação alta e galopante é consenso na comunidade que o credor tem direito a recomposição do valor real e não apenas do valor nominal da moeda, simplesmente com base no princípio (jurídico) do enriquecimento sem causa, ou seja, mesmo que não haja norma legislada conferindo

-lhe tal direito, forçoso é convir que o princípio em tela deve ser aplicado, de maneira que se o juiz, num determinado processo judicial, manda corrigir o valor nominal do débito não é exato dizer que tal princípio simplesmente influenciou o juiz, sendo correto afirmar que se o juiz impôs ao devedor o pagamento segundo o valor real é porque reconheceu uma conduta ilícita de tal devedor frente ao credor.

como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das *normas jurídicas*, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de “Direito” não significa – como a palavra parece dizer – que são Direito, que têm caráter jurídico”. Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 148. Acrescenta Hans Kelsen que “os princípios da Moral, Política ou Costume, que influenciam o indivíduo, e que, em sua função, produz o Direito, – ao lado de outros fatores – são *motivos* do legislador, do juiz ou do órgão da administração; e estes motivos – em conformidade com o direito positivo – juridicamente não são obrigatórios”. **Teoria geral das normas**. Cit., p. 149.

Alguns autores afirmam que os princípios gerais do Direito se encontram no plano do direito positivo, em vista do que são vinculantes, mas não se caracterizam como normas jurídicas.⁶⁸

Na realidade, os princípios jurídicos têm impositividade porque são normas jurídicas e, sendo assim, pode-se buscar proteção judicial com fundamento neles. Sendo assim, é de entender-se que se os princípios gerais do direito têm positividade, só podem ser qualificados, como salientado acima por Eros Roberto Grau⁶⁹, como normas jurídicas positivas, na medida em que não podem ser qualificados como normas de direito natural – exatamente pela positividade –, muito menos normas morais, o que não significa dizer que não encontrem fundamento na moral, como, por exemplo, a norma jurídica legislada que diz que matar alguém é crime sob cominação de pena de prisão por determinado tempo. Se os princípios jurídicos estão expressos em determinada lei, porque, apesar de aceitos e aplicados pela comunidade, foram admitidos pelo legislador, são normas jurídicas do tipo lei, sem perderem a qualidade de princípios; se tais princípios estão implícitos, porque aceitos e aplicados pela comunidade jurídica, não perdem a qualidade de normas jurídicas. Os princípios jurídicos são normas jurídicas porque estão integrados ao ordenamento jurídico como valores jurídicos superiores e, por isto mesmo, gerais.⁷⁰

68. Afirma, por exemplo, Arnaldo Vasconcelos que os princípios gerais do Direito, “apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas”. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1978, p. 206. Adiante reafirma: “Os princípios gerais do Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo. Podem ser expressos através de qualquer das outras espécies de fontes, seja a lei, o costume, a jurisprudência, ou mesmo a doutrina”. Ob. cit., p. 210. Em idêntico sentido, salienta Josef Esser que “*todos los principios jurídicos son elementos del derecho positivo que gozan de protección procesal, tanto si aparecen como principios sistemáticos o constructivos del derecho material, o como máximas, paremias y reglas técnicas, como figuras fundamentales y comunes a todos los derechos civilizados o como simple reglas técnicas del pensamiento y de la labor jurídica. En concreto podríamos decir: Son derecho positivo, aunque non normas (rules) precisas y independientes del derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las rationes legis, los principios valorativos y constructivos de un sistema, pero también los principios éticos y de justicia que privan en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico: todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento*”. ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, pp. 169-171.

Como quem dar a discussão por encerrada, e ao propósito dos princípios de envergadura constitucional, Paulo Bonavides afirma que “a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”.⁷¹

É preciso salientar que entre a posição de Hans Kelsen, de um lado, e o ponto de vista de Legaz y

Lacambra, Josef Esser, Arnaldo Vasconcelos, Robert Alexy, Eros Roberto Grau e Paulo Bonavides, de outro lado, há uma grande distância, sobretudo na conclusão, que é o que mais interessa, na medida em que o primeiro sustenta a não obrigatoriedade dos princípios jurídicos, enquanto os demais afirmam que os princípios jurídicos têm vinculação e impositividade. Como visto acima, nosso ponto de vista se alinha com os últimos.⁷²

69. Cf. transcrição em nota acima.

70. Como lembrado por Robert Alexy, *“tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas e principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”*. Em função disso, acrescenta o ora referido autor que *“los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad”*. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos...**, cit., p. 83

71. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 253.

Quando os princípios estão expressos na própria lei não temos, no particular, problemas a resolver. Os problemas se apresentam quando os princípios estão implícitos. No nosso modo de entender, os princípios têm natureza de norma jurídica, tanto quanto as demais fontes formais do direito, ainda que não estejam em lei como resultante inspiradora que não muito raro têm sobre o legislador.⁷³

A afirmação de que os princípios jurídicos, ainda que não expressos pelo legislador, não são meros ideais ideológicos ou programáticos, mas sim normas jurídicas concretas, ganha corpo quando estamos a tratar de princípios jurídicos mais abrangentes e fundamentais para toda a sociedade, a exemplo do princípio do Estado de direito democrático, abaixo analisado. Como advertem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“o princípio democrático é um princípio jurídico normativo e não um simples modelo ou teoria abstracta”*.⁷⁴

72. Em verdade, como diz Andrés Ollero Tassara, *“sólo para el ‘normativismo’ resulta incomoda la referencia a principios, por entenderlos como material pré-normativo, inmaduro o embrionario, más propio de declaraciones que de proposiciones vinculantes. Es lógico que el normativismo se pregunte con zozobra si reconociendo a los valores superiores contenido normativo, estamos ascendiendo a los principios a una dimensión normativa o estamos rebajando los preceptos a la débil condición de principios”*. OLLERO TASSARA, Andrés. **Derechos humanos y metodología**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 231.

73. Já tivemos oportunidade de escrever que *“os princípios jurídicos têm natureza de verdadeiras normas jurídicas, e neste sentido são fontes formais do direito, tal como lei, doutrina, jurisprudência, etc. Isto significa dizer que sua função normativa é patente, irrecusável em qualquer ordenamento jurídico, independentemente de menção expressa do legislador. Não se nega a função informadora dos princípios jurídicos, mas na medida em que eles servem de inspiração ao legislador, uma coisa se subsume na outra, vale dizer, não raro, lei e princípio estão contidos numa mesma realidade. É verdade que nem sempre a lei está concorde com os princípios jurídicos, mas isto é razão maior para se ter estes como uma das fontes formais particulares do Direito”*. SOUZA, Wilson Alves de. **Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes**. In Revista LTr. São Paulo: Ano 50, fevereiro, 1986, p. 50-2/168. Válido é acrescentar, como adiante esclarecido no texto principal, que é bastante discutível inserir-se a doutrina como uma das fontes formais do direito.

De outro lado, os princípios têm, inegavelmente, função interpretadora. Assim, não raro determinado caso é resolvido buscando-se a melhor solução nos princípios jurídicos. Mas como ditos princípios são normas jurídicas também eles demandam interpretação. Como, ao propósito, por nós salientado em outro lugar, *“quanto à sua função interpretadora é de levar-se em conta que os princípios jurídicos, por serem normas, também precisam ser interpretados tal como a lei. De qualquer modo, como a interpretação de um caso concreto envolve todo o ordenamento jurídico, e como os princípios jurídicos fazem parte do ordenamento, não raro podem ser invocados, de maneira que é neste sentido que se deve entender a sua função interpretadora”*.⁷⁵

Obviamente que quando estamos a dizer que princípio jurídico é fonte formal do direito não se está a fazer paralelo entre a forma de criação do princípio e a forma de criação da lei, do mesmo modo que não se pode fazer paralelo entre a forma de criação do costume e a forma de criação da lei. Sustentamos que costume é fonte formal do direito. Aliás, se não há identidade, pode-se dizer que existe muito de comum entre princípio e costume enquanto fontes formais do direito. Por outras palavras, pode-se afirmar que a fonte formal de criação da lei é institucionalizada, enquanto a fonte formal de criação do costume e dos

princípios jurídicos é difusa. É que se os princípios jurídicos, ainda não foram expressados pelo legislador, têm vinculação e impositividade e estão integrados ao ordenamento jurídico. Por isso são qualificados como jurídicos. Como o Direito é objeto cultural (criação do homem para o homem, e não criação da natureza, muito menos criação divina ou algo que esteja no plano dos objetos ideais), os costumes e os princípios só podem ser criados pelo povo de determinada sociedade. Aí está o ponto comum entre princípios jurídicos e costume.

74. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 77.

75. SOUZA, Wilson Alves de. **Princípios...**, cit., p. 50-2/168.

Com efeito, pode-se dizer que os princípios jurídicos são costumes superiores gerais ou expressão consensual de valores jurídicos gerais e superiores de uma determinada comunidade e consagrados por tal comunidade independentemente da vontade do legislador.⁷⁶

4.2. O princípio do acesso à justiça e sua relação com outros princípios constitucionais gerais

4.2.1. Relação entre o princípio do acesso

à justiça e o princípio do Estado de direito É claramente visível a relação do princípio do acesso à justiça com o princípio do Estado de direito.

Com efeito, o conflito é da natureza humana. Ocorrem conflitos entre os homens sob diversas perspectivas. Como resta claro, ante a evidente disparidade de armas, a mais

76. Concorde com nosso ponto de vista, ensina Norberto Bobbio: “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso” (**Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, pp. 158-159). De sua vez, tal tese de Bobbio é apoiada por Eduardo García Máynez, que, tanto quanto Bobbio, contesta a tese de Emilio Betti, quando este afirma

dura situação de conflito é a que se verifica entre o Estado e os cidadãos, em especial os cidadãos das camadas menos favorecidas da população. Por isso mesmo, é a mais difícil de enfrentar, evidentemente que na perspectiva da parte mais fraca, que é o cidadão.

Se não houvesse a garantia do acesso à justiça a solução de conflito entre cidadão e Estado seria evidentemente imposta pela força por parte de quem a detém, solução esta que se daria sem qualquer conotação de simbolismo, sem se indagar a respeito de quem tem ou de quem não tem razão. Num contexto desse, falar em **conflitos** seria força de expressão, na medida em que o Estado sempre submeteria sua vontade ao cidadão.

Não seria muito diferente nos conflitos envolvendo particulares ante a evidente situação de grande desigualdade entre as pessoas que vivem em sociedade, em particular do ponto vista econômico. Se vivêssemos numa sociedade de iguais talvez não tivéssemos conflitos ou então eles ocorreriam em número bastante reduzido, porque os homens temeriam uns aos outros, haveria forte tendência a que uns respeitassem os direitos dos outros ou então grande possibilidade de que nas situações duvidosas houvesse consenso. Se essa especulação estiver equivocada, sem o princípio do acesso à justiça, nesse contexto, teríamos um caos social.⁷⁷

que os princípios gerais não são normas, senão orientações e ideais de política legislativa que servem como critérios programáticos para o progresso das tarefas do legislador. E aduz: “*Estamos enteramente de acuerdo con Bobbio en que los principios generales de que se hace uso con propósitos hermenéuticos y de integración tienen naturaleza normativa, ya que, si no la tuvieran, resultarían totalmente ineficaces para el cumplimiento de semejante finalidad. Las resoluciones de los jueces deben, en todo caso, basarse en normas; juicios o principios generales de índole enunciativa no pueden, pues, servirles nunca de fundamento*” (**Filosofía del derecho**. 11ª ed. México: Porrúa, 1999, pp. 312-313).

77. Algo de semelhante existe com o problema do acesso ao poder político, sem descurar de que não seriam inimagináveis situações de

diferença social e econômica entre indivíduos que procurassem obter o poder político. Tal obtenção é buscada, no contexto em que vivemos na atualidade, por um número considerável de indivíduos, de maneira que o conflito em torno desse dilema sem possibilidade de solução pela via jurisdicional conduziria à imposição do acesso ao poder por aquele que tivesse maior força.

Ocorre que os homens são semelhantes, mas ao mesmo tempo são diferentes sob diversos ângulos, notadamente nos aspectos cultural, social e econômico, de maneira que, sobretudo nesses casos, a solução do conflito seria imposta pela força.

Nesse diapasão, não resta dúvida de que o princípio do acesso à justiça apresenta-se como essencial à vida em sociedade, de maneira que sem tal garantia jamais se poderia falar em Estado de direito, de nada adiantando todo o arcabouço de direitos materiais fundamentais previstos por esse suposto Estado de direito.⁷⁸

4.2.2. Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio democrático

Temos como certo que o ato de solucionar conflitos com impositividade é um exercício de poder. Por outras palavras, no plano interno o ato de solucionar conflitos, na medida em que se impõe tal solução aos sujeitos envolvidos, é de ser caracterizado como exercício de poder político, o que significa dizer que se trata de ato de Estado.

A democracia, em síntese, no que se refere à investidura dos agentes políticos, se caracteriza, em princípio, pela legitimação popular de quem detém o poder político, que só pode ser o próprio povo, conforme o prévio procedimento previsto na constituição, que se consubstancia pela prática de eleições livres para mandatos temporários.⁷⁹

No caso da investidura dos agentes estatais que ocupam a função jurisdicional nem sempre os Estados exigem o sistema do sufrágio popular direto. Há uma tendência para a solução da investidura mediante concurso público ou eleições indiretas, ou seja, mediante escolhas por meio de integrantes de órgãos da própria sociedade civil ou por meio de integrantes de órgãos da própria estrutura estatal.⁸⁰

A não opção pelo critério do sufrágio direto e universal para a investidura dos membros do Poder Judiciário não significa afastamento do princípio democrático. O que importa é que a solução dada permita conferir legitimidade aos juízes investidos. Tal legitimidade se verificará ante a presença de diversos dados. De um lado, porque as soluções escolhidas partiram do próprio povo (poder constituinte), na medida em que os atos de nomeação seguiram o quanto está determinado na constituição. De outro lado, tal legitimidade também estará presente caso a constituição estabeleça uma série de princípios – se não estiverem expressos, o sistema deverá considerá-los existentes implicitamente – que garantam em favor do cidadão o bom exercício da função jurisdicional, a exemplo dos princípios da independência (individual e coletiva),⁸¹ da imparcialidade,⁸² da irresponsabilidade⁸³ e da fundamentação das decisões⁸⁴.

Atendidas estas premissas, o Estado que não garantir a via judiciária,⁸⁴ impondo soluções aos conflitos por ato próprio, não pode, evidentemente, ser qualificado como Estado democrático.⁸⁵

78. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**..., cit., pp. 273-274.

79. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**..., cit., p. 292.

80. No sistema constitucional brasileiro a investidura dos agentes do Poder Judiciário é muito variada. O início da carreira dos juízes de 1º grau (juízes de direito dos Estados, Distrito Federal e Territórios, juízes federais, juízes militares togados e juízes do trabalho) dá-se mediante concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (CF, art. 93, I). Tais juízes poderão ascender aos tribunais de 2º grau mediante promoção por antiguidade ou merecimento, alternadamente (CF, art. 93, III). Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios é composto de membros do Ministério Público e advogados com mais de dez anos de carreira, mediante eleição de seis nomes (lista sêxtupla) pelos próprios órgãos de cada classe, segue-se uma segunda etapa da eleição, agora pelo próprio respectivo Tribunal, que reduzirá os seis nomes eleitos a três nomes (lista tríplice), e, por fim, o respectivo chefe do Poder Executivo (Governador do Estado, no caso dos juízes estaduais, Presidente da República, nos demais casos) escolherá e nomeará um deles (CF, arts. 94 e parágrafo único). O Superior Tribunal de Justiça é composto de trinta e três Ministros, sendo um terço de juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e Territórios e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, do Distrito Federal e Territórios,

alternadamente, observando-se que estes são eleitos pelos próprios órgãos de classe em lista sêxtupla, em seguida, do mesmo modo que no procedimento anteriormente informado, o próprio Superior Tribunal de Justiça reduz a lista sêxtupla à lista tríplice, enquanto os juízes de carreira são eleitos em lista tríplice também pelo referido Tribunal, e, por último, o Presidente da República escolherá um, que, no entanto, só poderá ser nomeado se o Senado Federal aprovar a escolha (CF, art. 104 e parágrafo único). O Tribunal Superior do Trabalho é composto de 27 (vinte e sete) Ministros, sendo um quinto da classe da advocacia, um quinto da classe do Ministério Público do Trabalho, sendo que os mencionados componentes deste quinto constitucional devem ser eleitos pelos respectivos órgãos de classe (Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público do Trabalho) em lista sêxtupla, em seguida os eleitos se reduzem a uma lista tríplice e, por fim, um deles, em cada classe, será eleito pelo Presidente da República, que só poderá nomeá-los após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, e os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho eleitos em lista tríplice pelos referidos Tribunais, sendo um deles eleito pelo Presidente da República, que só poderá nomeá-los também após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 111-A, conforme a EC 45/2004). Os Ministros do Tribunal Superior Militar, cuja composição é de 15 (quinze) membros, são nomeados pelo Presidente da República, caso haja aprovação pelo Senado Federal, sendo 10 (dez) militares, todos da ativa e do mais elevado posto da carreira (três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre

oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica), e 05 (cinco) civis, sendo três advogados com mais de dez anos de atividade profissional e dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores (de carreira) e membros do Ministério Público da Justiça Militar (CF, art. 123 e parágrafo único). A Justiça Eleitoral de 1º grau é exercida pelos juízes de direito dos Estados ou do Distrito Federal, apesar de se tratar de órgão da União, com mandato de dois anos, podendo haver uma recondução. Os Tribunais Regionais Eleitorais (órgãos de 2º grau da Justiça Eleitoral, existindo um em cada Estado e no Distrito Federal), são compostos de 7 (sete) juízes, sendo dois desembargadores do Tribunal de Justiça, dois juízes estaduais de 1º grau de última entrância, todos eleitos pelo Tribunal de Justiça, um juiz do Tribunal Regional Federal, ou um juiz federal de 1º grau caso o Estado não seja sede de Tribunal Regional Federal, eleito, em qualquer caso, pelo próprio respectivo Tribunal Regional Federal, e dois advogados nomeados pelo Presidente da República a partir de lista sêxtupla elaborada pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou do Distrito Federal, todos com mandato de dois anos, podendo haver uma recondução (CF, art. 120). O Tribunal Superior Eleitoral (órgão máximo da Justiça Eleitoral) é composto de 7 juízes, sendo três Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, todos eleitos pelos respectivos Tribunais, e dois advogados nomeados pelo Presidente da República a partir de lista sêxtupla formada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo os membros do Tribunal mandato de dois anos, podendo haver uma recondução (CF, art. 119, *caput* parágrafo 2º do art. 121). Os Ministros do Supremo Tribunal, órgão que, dentre outras funções, tem a função de tribunal constitucional, são indicados pelo Presidente da República, só podendo ser nomeados se a indicação for aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101 e parágrafo único). Fora dos casos de mandatos temporários, conforme acima informado, a função de juiz é vitalícia, ocorrendo a aposentadoria compulsória aos 70 anos (CF, art. 93, VI c/c art. 40, II).

81. O princípio da independência dos juízes se põe inicialmente em nível pessoal com a fixação de garantias e incompatibilidades. As garantias estão atribuídas diretamente em favor dos juízes, mas indiretamente em favor dos jurisdicionados. Juiz sem garantias funcionais é um perigo para a sociedade, na medida em que é muito forte o risco de perseguição pessoal ao magistrado ante julgamentos que venham a desagradar componentes dos outros Poderes ou a indivíduos com fortes laços políticos ou mesmo laços de amizade íntima com estes. Essa é a razão das garantias de inamovibilidade, que impede transferências impositivas aos magistrados, de irredutibilidade de subsídio e de vitaliciedade para os cargos não temporários ou da manutenção no cargo enquanto durar o mandato para os cargos temporários, que evitam outros constrangimentos a magistrados, conforme consagrado na Constituição brasileira (art. 95, I, II e III). As incompatibilidades estão postas contra o juiz, no sentido de impedir o exercício de outras atividades ou determinadas práticas de conduta inconciliáveis com a função judicial, e a favor do cidadão, e se consubstanciam, em regra, na proibição de exercício de outro cargo ou função, recebimento de custas ou participação em processo e dedicação à atividade político-partidária. A Constituição brasileira também prescreve tais incompatibilidades expressamente, permitindo, no entanto, uma função de magistério, tendo a EC 45/2004 acrescentado mais duas proibições: recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou o juiz, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Discute-se no direito brasileiro a situação dos juízes da classe dos advogados que integram os tribunais eleitorais (Tribunais Regionais Eleitorais e Superior Tribunal Eleitoral). O art. 28, I, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia) reza que a advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as atividades de membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos que exerçam funções de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta. O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8 no sentido de que estão excluídos da abrangência de tal dispositivo legal os membros da Justiça Eleitoral e os juízes suplentes não remunerados. Creio que não se deu a melhor solução ao caso. Apesar de o cargo de juiz da classe dos advogados que integram os tribunais eleitorais ser temporário, o fato é que o advogado está a exercer a função de juiz, vale dizer, despoja-se da condição de advogado para ser qualificado como juiz enquanto estiver no exercício de tal função. Verifica-se aí, sem qualquer sombra de dúvida, uma situação de dúplice incompatibilidade (do juiz enquanto advogado, para o fim de não conspurcar a atividade jurisdicional, e do advogado enquanto juiz, para o fim de não conspurcar o exercício da advocacia) da maior relevância, de máxima gravidade e de máxima necessidade: a relação

juiz e advogado. A Constituição brasileira não ressaltou, como o fez em relação à função de magistério, e não fez destaques pelo fato de se tratar de função temporária. Se assim o fizesse certamente que não daria boa solução ao problema, de modo que a ressalva feita pelo Supremo Tribunal Federal não se coaduna com os princípios constitucionais acima descritos. Veja-se que o exercício da função de juiz eleitoral por advogados é remunerada, apesar de que não se está aqui a apresentar um argumento essencial, mas apenas um reforço de argumentação. Caso se tratasse de função gratuita, o advogado que a quisesse prestar também não poderia exercer a advocacia enquanto estivesse a exercer o cargo de juiz, a não ser que se tratasse de aceitação impositiva, o que não é o caso. A independência coletiva se refere aos próprios órgãos jurisdicionais e se concretiza pela autonomia para a eleição dos seus órgãos diretores, auto-administração e autonomia financeira. A Constituição brasileira consagra expressamente tais garantias (arts. 96 e 99).

82. As Constituição brasileira não contém dispositivo expresso sobre o princípio da imparcialidade. De todo modo, os dispositivos alusivos à independência dos juízes e ao princípio do juiz natural também objetivam a imparcialidade dos mesmos. Aliás, temos como certo que o princípio

da imparcialidade é o mais evidente dos princípios relacionados com a função jurisdicional. A ideia de que ninguém pode ser juiz em causa própria, de tão óbvia, dispensa cláusula expressa, porque ínsita à função jurisdicional. Ao legislador ordinário cabe descrever situações mais detalhadas com o fito de considerar o juiz impedido ou suspeito. O princípio da imparcialidade dos juízes impõe a quem estiver investido em tal cargo o dever, por iniciativa própria, de afastamento dos processos em que, nos termos da lei processual, seja tido como suspeito ou impedido, sujeitando-se, caso não se manifeste por ato próprio, à postulação de recusa, com tal fundamento, formulada pelas partes.

83. A expressão **irresponsabilidade** pode parecer inadequada, na medida em que nenhum agente do Estado deve ser considerado isento de responsabilidade, ainda que no exercício de suas funções. Evidentemente que se, por exemplo, o juiz praticar algum crime, ainda que no exercício das suas funções, a exemplo da prática de corrupção para proferir sentença ou proferi-la em determinado sentido, deve ser responsabilizado criminalmente; se pratica algum ilícito administrativo ou civil, a exemplo de demora excessiva injustificável para julgar determinado caso que lhe fora submetido, deve ser responsabilizado administrativa e civilmente. O problema que aqui se põe está em que a função jurisdicional tem especificidades e diferenças em relação às demais funções do Estado. Os conflitos decorrentes das relações jurídicas envolvem animosidades mais ou menos graves, de maneira que existem situações em que o magistrado muitas vezes está envolvido em verdadeiras camisas de força, como conceder ou negar uma medida liminar cautelar ou antecipatória, de maneira que a sua decisão, ainda que tida como razoável, pode, ao final, gerar danos a alguma das partes. Isto significa dizer que em determinadas situações os prejuízos sofridos por

O problema ganha aqui particular relevância quando estamos a estudar o tema referente a conflitos envolvendo o próprio Estado e os particulares, fato que chama a atenção para os princípios da separação de poderes (ou da separação de funções, caso se prefira tal terminologia) e da imparcialidade. Se aqueles que exercessem as funções (legislativas e administrativas) pertinentes aos atos dos quais resultou conflito envolvendo o Estado e o particular também exercessem a função jurisdicional nesses casos, haveria julgamento em causa própria, o que não se coaduna com o princípio democrático. No plano interno, não há outra solução: o Estado julga o próprio Estado. No entanto, o Estado só pode exercer a função jurisdicional por meio de órgãos instituídos a partir da constituição, compostos de outros agentes providos de independência e imparcialidade, ficando aquele no dever de se submeter ao seu próprio julgamento. Do contrário, não haverá acesso à justiça nem democracia.

alguma das partes não podem ser exigidos contra o Estado, muito menos contra o juiz. Do contrário, qualquer um que se sentisse injustiçado ante alguma decisão, particularmente nos chamados casos difíceis, se sentiria no direito de pedir indenização ao Estado ou ao juiz. Isso significaria, na prática, uma porta aberta a uma infinita repetição de demandas, já agora envolvendo o Estado ou o próprio juiz. A irresponsabilidade política do juiz é absoluta na medida em que a investidura não se deu por meio do voto popular. Sobre tal princípio não há norma expressa na Constituição brasileira, o que não significa dizer que não esteja inserto implicitamente. De todo modo, a Constituição brasileira prevê responsabilidade política dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que compete ao Senado Federal julgar tais ministros nos crimes de responsabilidade (art. 52, II). Isso tem uma razão de ser, qual seja a de que os ministros do Supremo Tribunal Federal, em verdade, são eleitos, apesar de a eleição ter um único eleitor, que é o Presidente da República, o qual tem o poder de apresentar apenas um candidato, apesar da participação do Senado Federal no processo, com poder limitado a aceitar ou recusar o nome indicado. Assim, se o processo de investidura dos ministros do Supremo Tribunal é político, nada mais apropriado do que a prescrição de responsabilidade política de tais agentes. É verdade que a Constituição não trata de responsabilidade política dos ministros dos tribunais superiores, porém cabe aplicar aí o princípio da simetria, de vez que os mesmos também são nomeados mediante processo político, inclusive com participação do Senado Federal, apesar de pequena variação desse processo (cf. Constituição brasileira, arts. 104, parágrafo único, I e II, 111-A, I e II, 119 e 123).

84. O princípio da fundamentação das decisões está expresso na Constituição brasileira (art. 93, IX). Conferir, abaixo, capítulo específico com maiores considerações sobre o assunto.

85. Como salientado por Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, “o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos. Estes, por sua vez, não existem se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião”. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 483.

A exigência de órgão independente e imparcial com a específica função de solucionar os conflitos também é fundamental para a democracia quando tais conflitos envolvem os próprios particulares, na medida em que os cidadãos mais próximos dos ocupantes do poder (os amigos do poder ou as mariposas do poder) tenderiam a obter vantagens em função de tal circunstância. Nesse ponto, vê-se que também aqui não haveria um ajuste ao princípio democrático.

Tudo isso evidencia que só com a atuação de órgãos jurisdicionais independentes e imparciais na estrutura organizacional estatal para a solução dos conflitos o cidadão terá um mínimo de confiança na busca do exercício dos seus direitos violados. No entanto, não se deve olvidar, válido é repetir, que não há que falar em verdadeiro acesso à justiça sem o atendimento aos princípios que firmem a legitimidade

dos órgãos jurisdicionais, o que significa dizer que sem tal legitimidade também não se está a atender ao princípio democrático.

4.2.3. *Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da socialidade*

O princípio da socialidade integra-se com o princípio democrático. Não pode ser qualificado como efetivamente democrático o Estado que garanta democracia no plano político, mas com acentuada desigualdade nos planos econômico e social e que, assim, não garanta igualdade de oportunidades a todos os cidadãos. O Estado em que grande parte da população, quando não a maioria, vive entre as linhas da pobreza e da miséria, dando margem a que esse contingente populacional sirva como massa de manobra para as classes mais privilegiadas se perpetuarem no poder político, não pode ser qualificado efetivamente como democrático. Por isso, forçoso é convir que o princípio da socialidade torna-se mais perceptível a partir do acesso à educação de qualidade a todos os cidadãos, garantindo escola pública e gratuita de qualidade em todos os níveis àqueles que não podem pagar. O direito de acesso à educação igual para todos é o ponto de partida para a democracia social e econômica, porque do contrário só tende a crescer o já existente fosso social e econômico entre as pessoas.

O princípio da socialidade se centra na ideia da busca de uma efetiva democracia, ou seja, de uma democracia que supere a dimensão política para o alcance da democracia econômica e social.

De fato, a ideia de uma verdadeira democracia passa pela garantia de direitos sociais fundamentais a partir da constituição, de modo que esta, quando não o faz diretamente (normas constitucionais de conteúdo social auto

-aplicáveis), direciona ao legislador e ao administrador determinadas soluções de modo a tentar superar desigualdades sociais e econômicas, a partir de uma igualdade de oportunidades, não deixando exclusivamente com estes as soluções políticas relacionadas com os aspectos econômico e social.⁸⁶

Com efeito, impõe-se uma visão garantista do direito, cujo último bastião é o direito de acesso à justiça, de maneira que possamos sair da democracia formal para a democracia substancial.⁸⁷

86. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., p. 338.

Deste modo, pode-se dizer que conceito **democracia** envolve os aspectos político, econômico e social, a partir da ideia de igualdade de oportunidade a todos, e do objetivo constante de uma garantia de vida digna a todos os cidadãos.

Assim, se o princípio do acesso à justiça está relacionado com o princípio democrático, relacionado está igualmente com o princípio da socialidade, ou seja, todos esses princípios estão interrelacionados.

Em síntese, o princípio do acesso à justiça mostra-se mais claramente relacionado com o princípio da socialidade quando se verifica a necessidade de preocupação do Estado em atender a população mais pobre mediante política que garanta efetivamente a gratuidade do acesso à justiça (gratuidade da justiça e dos serviços de assistência jurídica e assistência judiciária).

4.2.4. *Relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio da igualdade*

4.2.4.1. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.*

O princípio da igualdade é um princípio geral do direito, porque aplicável a qualquer relação, estado ou situação jurídica. Tem conotação constitucional, porque sua fonte direta é a própria constituição. Tem forte ligação com o princípio democrático e que se caracteriza como direito fundamental.⁸⁸

87. Como anotado por Luigi Ferrajoli, necessário se faz “ *una redefinición del concepto de «democracia». Llamaré democracia sustancial o social al «estado de derecho» dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al «estado político representativo», es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad*”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid: Editorial Trotta, 1995, p. 864.

Sendo assim, o princípio da igualdade não é um princípio de direito processual, mas evidentemente que,

por ser geral, também se aplica ao direito processual, de modo que teremos, seguramente, que enfrentar muitos problemas processuais práticos relacionados com tal princípio.⁸⁹

As raízes históricas do princípio da igualdade estão na Revolução francesa cujo marco ideológico de fundo liberal está na trilogia **liberdade, igualdade, fraternidade**.

De início, cabe advertir que a clássica fórmula “todos são iguais perante a lei” mostra-se imprópria, de maneira que o princípio da igualdade se dirige em primeiro lugar ao legislador no sentido de que não pode o mesmo estabelecer tratamento diferenciado entre as pessoas, salvo, como se verá abaixo, para tentar a igualdade real onde existam situações de desigualdade.⁹⁰

Com efeito, se fosse possível dar guarida à fórmula “todos são iguais perante a lei” no seu sentido literal o legislador teria margem livre de atuação, restando ao aplicador do direito, particularmente aqueles que integram os órgãos administrativos e jurisdicionais, tratar a todos igualmente conforme prescrito na lei. Aplicado o princípio com a devida correção de rumos não é permitido ao legislador estabelecer desigualdades fora de critérios razoáveis, de maneira que a fórmula correta, no particular, seria, “todos são iguais na própria lei”, e não “todos são iguais perante a lei”.

88. O princípio da igualdade está expressamente consagrado como direito fundamental na Constituição brasileira (art. 5º e inciso I).

89. Conferir adiante capítulo específico sobre o assunto.

90. Como percebido por Castanheira Neves, “a igualdade *perante* a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade *na* própria lei, i. é, exigida ao próprio legislador relativamente ao *conteúdo* da lei. Não só leis *aplicadas igualmente* a todos, mas também *leis iguais* para todos”. NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 166. No mesmo sentido, CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., pp 426-427; **Constituição dirigente**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 381.

Ocorre que, em primeiro lugar, a desigualdade é da própria condição humana. Na realidade, os homens são todos semelhantes, mas ao mesmo tempo, em maior ou menor grau, são desiguais, no radical sentido da palavra. Nesse sentido, pode-se dizer que todos os homens que viveram, vivem ou viverão na face da terra, sem exceção, foram, são e serão diferentes, isto é, cada um de nós tem sua identidade e seu modo de ser irrepetíveis. Por outras palavras, nunca existiram, não existem e jamais existirão duas pessoas rigorosamente iguais, sob qualquer aspecto, mesmo que seja quanto ao que mais nos aproxima (o biológico). Aliás, uma das situações mais belas da vida humana está precisamente na nossa semelhança e, ao mesmo tempo, na nossa diferença, o que exige de todos nós tolerância e respeito recíprocos ante essa diferença.

Se os homens são desiguais por natureza, a exemplo da cor da pele, essa desigualdade é aprofundada pelos próprios homens nos planos cultural, educacional, religioso, social, ideológico, político, econômico, etc. Ao mesmo tempo, essas desigualdades se apresentam bem reduzidas ou com grau de muita proximidade. Assim, existem entre os homens, para não sairmos desses enfoques, níveis bem próximos de semelhança, mas num ou noutro desses aspectos existem entre os homens profundas diferenças.

Saindo do âmbito da pessoa humana, sabe-se que, ao lado disso, o direito cria diferenças maiores ao personificar determinados entes ideais que figuram como sujeitos de direito, ou seja, titulares de direitos e deveres (o Estado, as associações, as sociedades civis e comerciais, etc.).

Sendo assim, o conceito de igualdade meramente formal não passa de um ponto de partida e pressupõe uma igualdade material entre as pessoas, igualdade essa que, como visto, se dá sempre por aproximação. Deste modo, a observância do princípio da igualdade que se exige do legislador tem que transbordar do plano formal para o plano material, vale dizer, os iguais devem ser tratados igualmente, enquanto os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida dessa desigualdade para se tentar a igualdade real.⁹¹

Sendo assim, devem ser comparadas as diferenças e semelhanças entre as pessoas ante as situações e até

mesmo as circunstâncias em que elas estão envolvidas para que se possa aplicar corretamente o princípio da igualdade.⁹²

No entanto, apesar de sermos todos diferentes e da necessidade de o legislador ter que tratar em muitas situações as pessoas desigualmente, isso não pode ser levado às últimas consequências, na medida em que a igualdade absoluta entre os indivíduos jamais seria alcançada. Dito de outra maneira, nesse particular não se deve dar ao legislador liberdade absoluta porque resultaria em atingir a liberdade das pessoas e, assim, numa completa disfuncionalidade do sistema.⁹³

Com efeito, o problema que fica a resolver está exatamente em se saber quando o legislador agiu em desconformidade com o princípio da igualdade porque tratou igualmente o que merecia tratamento desigual (erro por omissão ou por conduta negativa); tratou desigualmente o que merecia tratamento igual; exagerou nos critérios quanto aos níveis de desigualdade prescritos (erro por ação ou por conduta positiva). Vale dizer, o que importa saber na busca ao atendimento do princípio da igualdade é se a conduta do legislador (por ação ou omissão) foi justa ou injusta. E quando o legislador discrimina por ação há que se verificar a razoabilidade da prescrição de diferenciação de tratamento, cabendo ao aplicador do direito verificar se as circunstâncias do caso concreto exigem tratamento diferenciado segundo o que se encontra genericamente previsto em lei e em conformidade com a constituição.⁹⁴

91. Como expressado por Ruy Barbosa na oração de paranínia aos bacharelados de 1920 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Cit., p. 39.

92. Como anotado por J. J. Gomes Canotilho, com muita precisão, “diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma **relação** entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., p. 428.

93. Como percebido por Jónatas Machado, “esta situação de igualdade intencionalmente extremada, exprime, ao menos, no contexto actual de uma sociedade aberta e pluralista, que um princípio jurídico de igualdade onde esta fosse entendida com o significado estrito de total igualdade, ou *identidade* (*sameness*), seria, irremediavelmente, um princípio inimigo da liberdade, pois que bastaria a alegação de uma pequena dissimelhança entre dois fenómenos, para justificar o

Evidentemente que estamos no campo do juízo de valor ante talvez o mais complexo e o mais indeterminado dos conceitos, qual seja o conceito **justiça**. E se assim é, a depender dos critérios valorativos de cada um, o mesmo dispositivo legal poderá ser qualificado por alguns como cumpridor do princípio da igualdade e, assim, justo, mas outros poderão ter ponto de vista inverso. Na busca de um mínimo de consenso, é certo que há que fazer uma ponderação a partir das ideias de proporcionalidade e de razoabilidade, o que significa dizer vedação ao arbítrio, somada à necessidade de investigação dos motivos do tratamento diferenciado estabelecido pela lei.⁹⁵

seu tratamento jurídico diferenciado”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Perspectiva jurídico-constitucional**. Dissertação para o Mestrado da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1991, pp. 502-503. Em idêntico sentido, MIRANDA, Jorge, que afirma: “Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma «ilha», encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material”. **Igualdade e participação política da mulher**. In *O Direito*. Lisboa, Editora Internacional, ano 130, 1998, I-II, jan/jun, p. 32.

94. Como observado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 21-22.

Quando o legislador se omite, isto é, não prescreve tratamento diferenciado para situação que o exija, não existem os motivos de tal conduta, de maneira que se alguém em tal situação se sente injustiçado e

busca a via jurisdicional, ao juiz cabe ao aplicar o direito no caso concreto apresentar os fundamentos de maneira invertida e abstrata. A dizer, deve o juiz apresentar os motivos da sua decisão como se o legislador estivesse obrigado a explicitar aquela determinada conduta omissiva, para que, assim, se possa ter o princípio da igualdade como atendido ou não atendido, na medida em que não pode o magistrado decidir por omissão e terá, ademais, que fundamentar suas decisões.

O legislador, conforme se verificou acima, terá que se ocupar com o princípio da igualdade tanto no plano do direito material como no plano do direito processual. Aliás, tendo em vista que os direitos substanciais, não raro, devem se realizados pela via jurisdicional, quando o legislador se preocupa em dar tratamento diferenciado entre as pessoas, situações ou coisas no plano material terá que, muitas vezes, dar esse mesmo tratamento no plano processual (princípio da adaptação). É exatamente essa circunstância que justifica, em grande medida, a previsão legal de procedimentos especiais em substituição ao procedimento ordinário.

Conforme visto acima, o princípio da igualdade também se dirige ao aplicador do direito (órgãos administrativos e jurisdicionais, especialmente estes). No entanto, os agentes destes órgãos não se limitam a atuar nos casos em que a parte ou interessado alega injustiça por merecer tratamento diferenciado e o legislador manteve-se inerte; atuam, sobretudo, também no objetivo de controlar a lei que prescreveu positivamente tratamento diferenciado em relação a pessoas, situações ou coisas e a parte ou interessado alega injustiça da lei por não ser o caso de se prescrever esse tratamento diferenciado.

95. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., pp. 428-430.

Na linha do acima exposto, se o juiz não observa o princípio da igualdade também não estará garantindo efetivo acesso à justiça, de maneira que evidenciada está a relação entre tais princípios.

Capítulo III

Acesso à justiça e problemas processuais em torno do princípio da igualdade

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lei que concede privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes. 3. Lei que concede privilégio de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita. 4. Lei que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao Ministério Público. 5. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos defensores públicos. 6. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do Ministério Público. 7. Lei que concede prioridade de julgamento nos processos em que o idoso figure como parte. 8. Lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado. 9. Lei que concede tratamento diferenciado em favor dos necessitados em caso de condenação em honorários de advogado. 10. Lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público com relação a adiantamento de despesas processuais. 11. Lei que concede privilégio ao necessitado com relação às custas e despesas processuais. 12. Lei que isenta o autor de adiantamento de despesas processuais e do ônus da sucumbência nos casos de ação popular e ação civil pública. 13. Tratamento diferenciado entre réus com relação ao efeito da revelia. 14. Lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais. 15. Lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

1. Introdução

Conforme visto no capítulo anterior, o princípio da igualdade tem conotação geral, de maneira que não é e nem poderia ser estranho ao direito processual. Muito ao contrário, como o direito processual regulamenta a conduta das partes e do juiz no processo, não muito raro o legislador, em nível geral, e o juiz, nos casos concretos, terão que dar tratamento discriminatório em favor de uma das partes no objetivo de aplicar, em conformidade com a constituição, o princípio da igualdade.

Passaremos, pois, a analisar alguns dispositivos legais que dão tratamento privilegiado a uma das partes

em detrimento da outra, tudo tendo em conta determinadas circunstâncias nos casos concretos.

2. Lei que concede privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes

Determinados ordenamentos jurídicos concedem prazo maior aos advogados de parte quando no processo existem litisconsortes com procuradores diferentes.⁹⁶

O fundamento deste dispositivo legal está em que haveria vantagem da parte que não formou litisconsórcio ou, se litisconsórcio há, só existe um procurador para todos os litisconsortes. Isso porque esse procurador teria acesso aos autos do processo com prazo integral, enquanto os diversos advogados dos diversos litisconsortes do lado oposto da relação processual teriam que dividir o tempo de acesso aos autos do processo, o que significa na prática redução de prazo.

Deste modo, é de ter-se como razoável, no caso, o tratamento diferenciado concedido pelo legislador para o fim de atender ao princípio da igualdade, mas tal tipo legal não pode ser aplicado para todos os casos. Assim, se o prazo aproveita apenas a um dos litisconsortes faltou a motivação que justifica o tratamento diferenciado, a exemplo do fato de as intimações dos litisconsortes terem ocorrido em momentos diferentes a ponto tal que não houve qualquer situação de paralelismo no decurso do prazo. Se em tal exemplo apenas um dos litisconsortes se encontra na situação de ter o direito de acesso aos autos do processo no decurso integral do prazo, a ele não deve ser concedido o tratamento diferenciado. Do mesmo modo, pela mesma razão jurídica, não deve ser concedido tratamento diferenciado se o ato a ser praticado é do interesse de apenas um dos litisconsortes, a exemplo da hipótese em que só um dos deles tem interesse em recorrer.⁹⁷

96. No direito brasileiro, o CPC dispõe sobre o assunto. Assim: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados os prazos em dobro para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos” (art. 191). Assim, pelo menos quando se verificar essa posição de independência, lícito é deduzir que haverá que ser dado tratamento diferenciado às partes no que se refere a prazos quando elas tiverem procuradores diferentes.

O tratamento diferenciado também não deve ser concedido se ficar apurado no processo que os litisconsortes usaram deste expediente de má-fé para, assim, obterem tal vantagem processual indevidamente. O problema que fica aqui a resolver é a prova da litigância de má-fé. Algumas circunstâncias são indícios veementes de tal conduta, a exemplo de marido e mulher se apresentarem do mesmo lado da relação processual como litisconsortes com advogados diferentes do mesmo escritório. No entanto, isso não quer dizer que tais circunstâncias conduzirão necessariamente à conclusão de que a fraude está caracterizada, na medida em que marido e mulher podem se encontrar separados de fato, como também podem divergir sobre o advogado a contratar, e apesar de os advogados serem do mesmo escritório pode ocorrer que cada um dos cônjuges tenha confiança apenas no profissional que escolheu.

A concessão de prazo diferenciado em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes exige análise quanto à suficiência do prazo concedido para o fim de atendimento ao princípio da igualdade. Se o ordenamento jurídico prevê prazo em dobro a igualdade, a rigor, só se verifica se existirem dois advogados diferentes para os litisconsortes. Se existirem mais de dois advogados, com a fixação de prazo em dobro a igualdade já não mais subsiste, e essa desigualdade se aprofunda cada vez mais na proporção em que aumentar o número de litisconsortes e o número de advogados diferentes. Podemos chegar a uma situação que na prática nenhum deles terá condições de ter acesso aos autos do processo. De outro lado, em situações assim, se o tratamento fosse diferenciado para cada advogado de cada litisconsorte ter seu prazo específico, comprometidos estariam os princípios da celeridade e do processo em tempo razoável. De toda maneira, o correto é examinar caso a caso para o fim de quebrar a aplicação literal da norma quando necessário, de modo a conciliar todos os princípios envolvidos em torno do problema.⁹⁸

97. Ao propósito, o Supremo Tribunal Federal editou sobre o assunto, com inegável acerto, a súmula nº 641, que tem o seguinte teor: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando um dos litisconsortes haja sucumbido”.

Pode ocorrer a circunstância de existir no processo litisconsórcio misto tendo os litisconsortes de ambos os polos da relação processual advogados diferentes. Nesse caso, apesar da igualdade da situação entre a parte ativa e a parte passiva da relação processual, o prazo diferenciado deve ser concedido a todos os litisconsortes porque o dispositivo legal em discussão também tem por objetivo garantir a ampla defesa, que ficaria comprometida se o tema merecesse outro tratamento.

Em resumo, o dispositivo legal que prescreve privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes é constitucional, mas a aplicação de tal dispositivo deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto.

98. Parcialmente de acordo, DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, pp. 395-396. Em sentido contrário, TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 44-45.

3. Lei que concede privilégio de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita

Determinados ordenamentos jurídicos concedem prazos diferenciados em favor dos beneficiários da justiça gratuita.⁹⁹

Normalmente os serviços de assistência judiciária são prestados por órgãos do próprio Estado (Defensoria Pública, Procuradorias, Ministério Público, etc.). Outras vezes, tais serviços são prestados por entidades da sociedade civil (Ordem dos Advogados ou associações civis), diretamente ou mediante convênio com o próprio Estado ou mesmo por advogados individualmente designados por juízes ou por iniciativa própria.

Como normalmente o Estado não presta um bom serviço de assistência judiciária, a lei que assegura prazo diferenciado em favor do necessitado é um mecanismo compensador de tal situação, circunstância que se junta ao fato, quando for o caso, de diferença econômico-social entre as partes. Por isso mesmo, ainda que as duas partes sejam titulares do direito à assistência judiciária, o privilégio de prazo deve ser observado em favor de ambas, apesar de que esse tratamento diferenciado fica mais claro quando apenas uma das partes é titular do mencionado direito.

Sendo assim, o privilégio de prazo deve ser concedido ao titular do direito à assistência judiciária quando esta for prestada por entidade da sociedade civil, ainda que não exista convênio com o Estado, ou por advogado individualmente, seja quando designado pelo juiz, seja quando esteja a atuar no processo por iniciativa própria.¹⁰⁰

99. No direito brasileiro, o parágrafo 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/1950 (redação dada pela Lei nº 7.871/1989) dispõe o seguinte: “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

100. Não reputamos correta a tese sustentada por alguns autores no sentido de que não deve ser considerado prestador de assistência judiciária advogado ou escritório de advocacia que apenas eventua

Renove-se a advertência de que, no caso, o privilégio de prazo está posto em favor da própria parte, e não do defensor público ou de quem substitua suas atribuições.

4. Lei que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao Ministério Público

Determinados ordenamentos jurídicos estabelecem privilégio de prazo em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público.¹⁰¹

Alguns autores sustentam a constitucionalidade de tal tipo de dispositivo afirmando que o caso não é de privilégio, mas sim de prerrogativa.¹⁰² Trata-se, como se vê, de um eufemismo porque tratar as pessoas desigualmente – o que com clareza solar é o caso – só pode ser **privilégio**. **Prerrogativa** é palavra que diz mais respeito a poderes, atribuições ou competências, o que não é o caso, uma vez que seria correto

igualmente dizer que quando se concede privilégio processual a um particular este teria prerrogativa. O simples fato de o Estado ser parte no processo não autoriza dizer que os privilégios concedidos por lei sejam considerados prerrogativas. Há que enfrentar o problema diretamente e verificar se o privilégio concedido pela lei é justo ou injusto, ou seja, constitucional ou inconstitucional.

almente atende gratuitamente alguém (cf., por exemplo, MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência judiciária...**, cit., p. 31; ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso...**, cit., pp.102-103). Não há razão jurídica aceitável para tal afirmativa, a qual, a ser seguida, teria consequências jurídicas quanto ao tratamento diferenciado de prazo, de maneira que o necessitado que fosse atendido por advogado que esteja a atuar no processo não teria tal vantagem. Ora, tratar dois necessitados desigualmente é ferir o princípio da igualdade. O que importa é a realidade fática de que o advogado, nomeado ou não pelo juiz, aumenta sua carga de trabalho regular com evidentes dificuldades para atender aos prazos nos processos da sua clientela que paga pela prestação do seu serviço profissional em função da prestação de um serviço gratuito a um necessitado, serviço esse que deveria ser prestado pelo Estado, que, como se sabe, costuma ser deficiente quanto a esta sua incumbência. O que não se pode tolerar, no entanto, é o fato de o advogado, em casos assim, requerer gratuidade da justiça em favor de pessoa verdadeiramente necessitada e cobrar honorários à parte para atuar em juízo. Isso, na verdade, é um desvio ético a ser resolvido pelo seu órgão de classe. Também não se pode tolerar o fato de o advogado requerer gratuidade da justiça em favor de quem sabe não ser necessitado, caso em que cabe à parte contrária apresentar a devida impugnação, como cabe ao juiz, de ofício, não admitir tal tipo de postulação, ao menos quando a situação for de evidência.

101. No direito brasileiro assim dispõe o art. 188, do CPC: “Computar -se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

102. Assim, por exemplo, inclusive para sustentar a tese da constitucionalidade do dispositivo de lei que garante tal “prerrogativa”, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 40-49; *idem* O

Não há como negar que os direitos do Estado são direitos da coletividade. Daí ser correto afirmar que quando o Estado perde uma causa todos os membros da coletividade, como contribuintes que são, perdem alguma coisa.

Sob outro ângulo, também é preciso convir, sob todos os aspectos, que quando o Estado está a litigar com alguém normalmente apresenta-se como a parte mais forte da relação jurídica, ante todo o aparato e poderes de que dispõe fora e antes do processo, sem contar os abusos que seus agentes, não raro, cometem. Do mesmo modo, não muito raro, o cidadão tem dificuldades em enfrentar o Estado como litigante, vez que tal ente é, normalmente, a parte mais forte dessa relação, inclusive por ser um litigante habitual, que dispõe, em geral, de procuradores especializados segundo a matéria discutida em cada tipo de causa, e que mais frequentemente enfrenta litigantes não habituais.¹⁰³

benefício da dilatação do prazo para o ministério público no direito processual civil brasileiro. InRevista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, nº 30, pp. 109-126; DALL’AGNOL, Antonio. **Comentários...**, cit., pp. 374-378. Em idêntico sentido, mas ressaltando que é inconstitucional o art. 188, do CPC brasileiro por conceder excessiva dilatação de prazo tanto à Fazenda Pública quanto ao Ministério Público, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1977, pp. 30-34 e 54-55; *idem* **Benefício de prazo**. InRevista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, nº 19, pp. 16-19.

Nesse confronto de situações pensamos que há que sopesar todos os fatores envolvidos no problema e chegar a uma solução mais justa, que certamente não é o privilégio de prazo em favor da Fazenda Pública.

Em primeiro lugar, os agentes da Administração Pública devem nas suas relações jurídicas com o cidadão observar os direitos que o ordenamento garante a este, evitando, assim, demandas desnecessárias. No entanto, fica fácil perceber, sem necessidade de se recorrer a estatísticas, que normalmente o Estado é réu nos processos, do mesmo modo que, no campo processual civil, há uma forte tendência de o autor ser a parte vencedora. Deste modo, a conduta administrativa de desrespeitar direitos dos cidadãos acarreta prejuízos maiores à coletividade, particularmente quando, como parte vencida, o Estado tem que pagar as despesas processuais adiantadas pelo autor e, nos sistemas jurídicos que seguem o sistema de ônus total da sucumbência, honorários de advogado à parte adversária.¹⁰⁴É certo que o Estado pode ter um ganho financeiro com tal tipo de conduta, na medida em que na massa de pessoas com direitos violados grande parcela pode renunciar a seus direitos deixando de demandar perante os tribunais. No entanto, esse tipo de ganho, seja pela ilicitude jurídica, seja pelos desvios éticos da conduta

dos agentes políticos e administrativos do Estado, só deve merecer a repulsa da sociedade civil.

Em segundo lugar, é dever dos agentes políticos preverem e proverem os cargos de procuradores em número suficiente para a orientação jurídica aos demais agentes da Administração e defesa dos interesses desta.

103. Sobre a vantagem que os litigantes habituais têm sobre os litigantes não habituais, consulte-se CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso...*, cit., pp. 25-26.

104. É o caso do direito brasileiro (cf. CPC, art. 20 e parágrafos).

De outro lado, a não observância de prazos é um problema de responsabilidade civil dos procuradores da Fazenda que perdem prazos em processos judiciais sem motivo aceitável.

Deve-se, no entanto, reconhecer que a burocracia administrativa muitas vezes gera dificuldades para a atuação processual dos procuradores da Fazenda no que se refere a informações a respeito de fatos, dados e apresentação de documentos. Isso é mais frequente nos processos em que a Fazenda é ré e enfrenta muitos autores em litisconsórcio e quando está a praticar o mais importante ato de defesa, que é a contestação. Ocorre que como o direito do Estado, por ser da coletividade, é indisponível, a falta de contestação não pode resultar no efeito da revelia quanto aos fatos (presunção de que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros), de modo que, em princípio, o autor continua com o ônus da prova e o procurador da Fazenda bem pode apresentar defesa quanto à matéria de direito. Apesar disso, como a falta de contestação quanto aos fatos tende, na prática, a gerar algum prejuízo, a solução mais justa está em que, caso a caso, o procurador da Fazenda requeira ao juiz a prorrogação de prazo razoável para contestar, alegando e provando as circunstâncias pelas quais não foi possível atender ao prazo previsto em lei. Se o problema da dificuldade para contestar teve como causa o excesso de litisconsortes ativos (litisconsórcio multitudinário) a solução é requerer ao juiz a limitação do litisconsórcio com a providência do desdobramento de processos para um número que permita o direito à ampla defesa.¹⁰⁵

105. No direito brasileiro, o parágrafo único do art. 46, do CPC, consagra expressamente tal providência ao dispor o seguinte: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”. Apesar do dispositivo ora referido não ser exposto quanto ao procedimento que o juiz deve seguir ao decidir pela limitação do litisconsórcio, pensamos que tal limitação não significa que o processo será extinto sem apreciação do mérito, nem exclusão de alguns litisconsortes, como quer parte da doutrina, mas sim desmembramento do processo em tantos

Com relação ao Ministério Público há que distinguir os casos em que tal instituição está a agir no processo como parte dos casos em que está a atuar como “fiscal da lei”. Não se discute, ao menos não cabe discutir aqui, o privilégio de prazo conferido pelos ordenamentos jurídicos ao Ministério Público como “fiscal da lei”. Mas quando o Ministério Público está a atuar nos processos como parte deve ser aplicado como regra o princípio da igualdade.

O Ministério Público, apesar de ser uma instituição estatal, defende os interesses da coletividade mais diretamente, agindo em juízo, não raro, contra agentes da Administração e contra o próprio Estado, mas também atua contra os particulares.

Seja como for, tudo quanto acima dissemos concernente aos procuradores de Estado vale, no que couber, para os agentes do Ministério Público quando tal instituição agir como parte.

Deste modo, não há razão aceitável para ser considerada como constitucional lei que estabelece privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao Ministério Público, quando este estiver a atuar como parte, sendo aceitável, no entanto, lei que permite ao juiz conceder prorrogação de prazo sempre que as circunstâncias do caso concreto justifiquem tal providência.¹⁰⁶

quantos sejam necessários mediante as respectivas cópias da petição inicial e documentos, ficando o custo de tal providência com os demandantes. No sentido do nosso ponto de vista, cf: PASSOS, J. J. Calmon de, in **Inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 78; FORNACIARI JÚNIOR, Clito, in **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12. Em sentido contrário, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Escreve o referido autor que “esta hipótese, que nos parece de evidente interesse e legitimidade, imporia que o

juiz ordenasse o desmembramento do eventual litisconsórcio formado através da petição inicial, para que os autores promovessem separadamente suas respectivas demandas, formando cumulações subjetivas menos numerosas (*in Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 1, p. 206). Pensamos que se o litisconsórcio facultativo é permitido por lei, a razão disto está em que tal solução é meio de economia processual, na medida em que haverá julgamento de várias demandas num só processo, de maneira que a sua recusa só pode se dar quando o número de litisconsortes for tão excessivo que o efeito desejado (maior economia) acabe por retardar demasiadamente o processo ou então dificulte a defesa.

Ad argumentandum, tendo-se como constitucional norma que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao Ministério Público, deve a mesma merecer interpretação restritiva, vale dizer, não se deve alargar a aplicação de tal tipo de dispositivo para hipóteses que não se ajustem ao texto legal, como quer parte da doutrina.¹⁰⁷

106. Já passou o tempo de se acabar com essa tradição consagrada pelas leis processuais brasileiras no sentido de conceder prazos privilegiados excessivos à Fazenda Pública e ao Ministério Público, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência esmagadoras, esquecendo-se de que tanto privilégio injustificável compromete o princípio do processo em tempo razoável. Tome-se o exemplo de um processo em que a União é ré em litisconsórcio passivo com um Município. Como os procuradores dos réus são necessariamente diferentes, somando o privilégio de prazo (60 dias) concedido aos mesmos pelo fato de ambos serem entes qualificados como Fazenda Pública com o privilégio pelo fato de terem os mesmos procuradores diferentes (prazo em dobro), teriam prazo de 120 dias para contestar, o que é evidentemente um exagero injustificável. A Lei nº 10.259/2001 não admite privilégio de prazo nos processos dos juizados especiais federais (cf. art. 9º), e até o momento não foi questionada. Por quê a Fazenda Pública não precisaria de prazos legais gerais privilegiados nos juizados especiais e precisaria nos demais processos? A diferença não faz sentido, impondo-se solução uniforme na linha do quanto consta na Lei dos Juizados Especiais, ressalvada a possibilidade de prorrogação de prazo pelo juiz caso a caso. Na doutrina, no sentido da tese aqui defendida, cf. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição**..., cit., pp. 43-44.

107. Assim, por exemplo, se a lei diz que o privilégio de prazo é para contestar, como é o caso do CPC brasileiro, não se deve estender tal privilégio para atos assemelhados, mas que não se caracterizam como contestação, a exemplo das exceções, da reconvenção e dos embargos à execução, uma vez que as primeiras não justificam em nada o excesso de prazo, enquanto em relação aos últimos, por terem natureza de ação, continua a Fazenda Pública ou o Ministério Público com o direito de ação autônoma. No sentido do texto, parcialmente quanto ao prazo para apresentação de embargos à execução, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. II, pp. 138-139. No sentido do texto, integralmente, LIMA, Alcides Mendonça. **Reconvenção**. *In* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais,

5. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos defensores públicos

Há uma tendência no sentido de modernizar as intimações dos advogados das partes utilizando-se os meios oferecidos pela informática. Enquanto isso não ocorre de maneira completa, a intimação dos atos processuais se dá, em geral, em cartório, pelo correio ou por agentes do próprio Poder Judiciário (intimação real) ou por meio de publicações em jornal oficial, caso no lugar haja circulação do mesmo (intimação ficta).

Se no lugar não circula jornal oficial, os advogados de ambas as partes são intimados pessoalmente, prevalecendo o princípio da igualdade por força das circunstâncias. Ocorre que determinados ordenamentos jurídicos prescrevem que os defensores públicos, ou quem esteja a exercer as suas funções, devem sempre ser intimados pessoalmente dos atos processuais, ainda que no lugar circule jornal oficial.¹⁰⁸ Caso a outra parte seja intimada pelo jornal oficial (intimação ficta), é evidente o tratamento privilegiado em favor de uma das partes, porquanto é possível que o advogado intimado fictamente não esteja atento às publicações e, assim, deixe de praticar atos processuais. Isso significa que há possibilidade de a parte por ele patrocinada perder direitos por força da preclusão, bastando imaginar o decurso do prazo para recorrer quando o recurso poderia reverter o resultado de um julgamento que lhe foi desfavorável.

De todo modo, conforme visto acima, o privilégio de intimação pessoal de defensor público não está posto em favor deste, mas sim do necessitado, pondo-se tal privilégio como meio de minorar a desigualdade de armas entre as partes, ou, se existir tal igualdade (ambas as partes são necessitadas), como meio de melhor exercício da defesa dos direitos.

1978, nº 9, pp. 265-271. No sentido da interpretação extensiva, cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios**..., cit., pp. 46-47. 108. O direito brasileiro consagra tal privilégio conforme visto em nota acima.

Deste modo, temos como justo e, assim, constitucional, o dispositivo legal que garante privilégio de intimação pessoal ao defensor público ou a quem esteja a exercer as suas funções.

6. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do Ministério Público

Determinados ordenamentos jurídicos prescrevem que as intimações podem ser feitas pela simples publicação em jornal oficial onde houver (ficta).¹⁰⁹Ocorre que às vezes os ordenamentos que optam pelo sistema de intimação ficta concedem ao Estado e ao Ministério Público (inclusive como parte) privilégio de intimação pessoal.¹¹⁰

Os motivos expostos nos itens anteriores são suficientes, no que couber, para afirmarmos a inconstitucionalidade de tais dispositivos, repetindo que em relação ao Ministério Público a afirmativa só vale em caso de atuação como parte.

109. É o caso do Código de Processo Civil brasileiro ao dispor que “no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos e termos do processo no órgão oficial” (art. 236, *caput*); “nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais” (art. 237, 1ª parte).

110. No direito brasileiro, ver parágrafo 2º do art. 236 do CPC, com relação ao Ministério Público; art. 25, da Lei nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal; art. 38, da Lei Complementar nº 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União; art. 41, IV, da Lei nº 8625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que chega ao requinte de expressar que essa intimação pessoal se dá “através da entrega dos autos com vista”; art. 18, II, *h*, da Lei Complementar nº 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União, que fala em intimação pessoal nos autos. Essa forma requintada de intimação pessoal “nos autos” ou com “entrega dos autos com vista” tem propiciado a que alguns membros do Ministério Público, em nada preocupados com a celeridade processual, tenham recusado intimações feitas por mandado judicial ou carta sem qualquer justificativa que não seja a de querer exigir a aplicação fria de uma formalidade legal absolutamente desnecessária.

Observe-se que tal diferença de tratamento aumenta o custo do processo, porque há mais uma intimação por meio mais custoso, e contribui para o retardamento da prestação jurisdicional, porque o processo tramitaria mais rapidamente sem essa intimação mais trabalhosa.

7. Lei que concede prioridade de julgamento nos processos em que o idoso figure como parte

Determinados ordenamentos jurídicos dispõem que processo em que idoso figure como parte deve ter prioridade de julgamento.¹¹¹

O primeiro problema que surge aqui é a conveniência de inserir, ou não, na lei critério objetivo de idade com tal finalidade.

Optando o legislador pela estipulação de critério objetivo de idade, logo se percebe que nos casos concretos o juiz terá que sopesar situações bem diferenciadas, a começar pelo fato de que a expectativa de vida das pessoas pode variar muito num mesmo país de região para região.

O tema também envolve outro fator de complicação que é o de que o legislador costuma prever muitas outras situações que também merecem o privilégio da prioridade de julgamento, não raro sem estabelecer ordem objetiva, ficando, na prática, a cargo do juiz fixar essa ordem de prioridade.

Em princípio, é de ter-se como justa e, assim, como constitucional a norma que concede privilégio de prioridade de julgamento em favor do idoso. No entanto, nos casos concretos nem sempre todos os idosos merecerão o mesmo tratamento, ainda que se tenha que decidir a partir de critérios legais objetivos. De outro lado, poderão existir casos em que uma das partes envolvidas não é pessoa idosa e o processo mereça maior prioridade do que naqueles casos em que uma das partes é pessoa idosa.

111. No direito brasileiro há norma expressa em torno do assunto. O art. 1211-A, do CPC (com redação da Lei nº 10.173/2001), prescrevia que, para tal fim, o beneficiário tivesse idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, mas tal dispositivo fora revogado pelo art. 71, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que fixou a idade mínima em 60 (sessenta) anos.

Deste modo, o fundamento da prioridade de tramitação e julgamento de processos em que o idoso é parte está em que há uma tendência a que as pessoas a partir de determinada idade estão mais próximas do

final da vida. Deste modo, é justo que seus processos sejam julgados com prioridade para que, se vencedoras, possam usufruir o direito. Assim, a situação de desigualdade entre as pessoas em função da idade justifica o tratamento legal diferenciado em favor do idoso.¹¹²No entanto, apesar de a lei expressar tal circunstância, no particular, e ser omissa em tantos outros casos mais graves, não significará que o juiz deva seguir cegamente o texto legal e deixar de atender situações que, na prática, exigem maior prioridade. Assim, por exemplo, o idoso nos termos da lei pode, num caso concreto, se encontrar com boa qualidade e com grande expectativa de vida, e enquanto isso o juiz tem que dar tramitação e julgar processos de pessoas doentes em estado terminal, apesar de não idosas, situação que não mereceu do legislador tratamento expresso. Em casos como esses, pensamos que é correto dar preferência de tramitação e julgamento aos processos em que os doentes em estado terminal são partes porque a razão jurídica do caso concreto é mais justificável do que aquela disciplinada expressamente pelo legislador. Com efeito, vê-se que esse tipo de norma na prática é, em grande medida, inócua. Na verdade, quase sempre caberá ao juiz, diante da grande quantidade de casos que tem para despachar e julgar, dar a prioridade devida segundo as circunstâncias dos casos concretos, ainda que não expressas em lei, tendo em vista uma série de variáveis que terá que examinar, ponderando tais circunstâncias segundo critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Assim é que, por exemplo, os processos em que está em jogo a vida das pessoas devem ter prioridade máxima; na sequência, os processos que tem por objeto a liberdade individual das pessoas; em terceiro lugar, os pedidos de liminar (cautelar ou antecipatória) em que há perigo de ineficácia da decisão final em caso de possível procedência.

112. Em sentido conforme, ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental ao processo em tempo razoável: fundamentos e conteúdo. Uma análise à luz do constitucionalismo luso-brasileiro. Tese de doutoramento. Coimbra: 2003, pp. 186-187.

Em resumo, o dispositivo legal que prevê prioridade de tramitação a processos em que o idoso figure como parte é, em princípio, constitucional. No entanto, não se trata de norma bastante em si mesma, podendo existir outros processos que mereçam tratamento mais prioritário a depender das circunstâncias de cada caso concreto, solução que o juiz terá que aplicar segundo critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

8. Lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado

Em alguns ordenamentos jurídicos, a lei ao impor ao vencido a sucumbência integral, inclusive para condená-lo a pagar honorários de advogado à parte vencedora, insere privilégio ao Estado no sentido de que quando este for vencido os honorários são fixados em valores menores.¹¹³

113. No direito brasileiro, o Código de Processo Civil concede tal privilégio ao Estado ao dispor o seguinte: “Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (parágrafo 3º do art. 20). “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior (parágrafo 4º do art. 20).

O fundamento da norma de sucumbência plena está em que demandante e demandado são forçados a contratar advogados para a defesa dos seus direitos perante os tribunais, de maneira que o vencido deverá pagar honorários de advogado ao vencedor nos termos previstos em lei para o fim de que os direitos deste sejam recuperados integralmente. Na prática, no entanto, tal ressarcimento pleno nem sempre é atendido. Assim, por exemplo, se **A** propõe ação de cobrança de 100 mil reais contra **B**, pagou previamente 20 mil reais a seu advogado a título de honorários e obteve êxito total na demanda, mas o juiz fixou os honorários de sucumbência em 10 mil reais, no fundo só receberá 90 mil reais, ou seja, para receber tudo a que teria direito os honorários deveriam ser fixados em 20 mil.¹¹⁴

Com efeito, quem litiga contra o Estado, se vencido, terá que pagar honorários advocatícios ao mesmo segundo os critérios gerais previstos em lei; se vencedor, receberá menos que os valores que pagaria

caso vencedor fosse, não se devendo perder de vista que teria tratamento igualitário se o litigante opositor não fosse o Estado.

114. Em verdade, o critério seguido pelo CPC brasileiro, como visto, é relativo, e, ao nosso ver, é o mais acertado. A restituição absoluta dos valores que a parte vencedora despendeu com seu advogado só ocorreria se o vencido tivesse que restituir exatamente o que fora pago a tal título conforme recibos que a parte vencedora apresentasse. Esse critério absoluto não seria razoável, porque, de um lado, os preços dos honorários não costumam ser tabelados, sendo fixados mediante acerto entre advogado e cliente, e, de outro lado, tamanha abertura poderia propiciar fraudes mediante apresentação de recibos com valores não verdadeiros ou, ainda que não exista fraude, com valores exorbitantes prejudicando, assim, a parte vencida. Além disso existem casos em que não há contrato entre as partes, como ocorre com o próprio Estado, com determinadas empresas que dispõem de um quadro de advogados contratados como empregados para defesa dos seus direitos genericamente, bem assim com os advogados que prestam serviços gratuitamente. O art. 23 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994) dispõe que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado. Caso se interprete tal dispositivo literalmente, toda a tese aqui desenvolvida perde sentido. No entanto, pensamos que tal regra deve ser interpretada no sentido de que, em vista de tudo acima exposto, os honorários de sucumbência só pertencerão ao advogado caso este tenha prestado serviço gratuitamente ou tal circunstância conste do contrato.

Em verdade, nessa relação entre Estado e particular como partes em conflito num mesmo processo, se tivesse que existir tratamento diferenciado entre eles a respeito desse tema – não se está aqui a defender essa tese, mas sim pondo-se a questão só para argumentar –, essa diferenciação deveria ser posta em favor do particular, porque este, por não ser, em regra, litigante habitual, é obrigado a contratar advogado num ou noutro caso em que tenha que defender direitos judicialmente, enquanto aquele, por ser litigante habitual, dispõe de quadro de advogados, o que significa, em princípio, que aqueles terão custo mais elevado do que estes com advogados.

Como visto, não há nada que justifique tal tratamento diferenciado em favor do Estado, sendo injusto e, assim, inconstitucional o dispositivo legal que o consagra.¹¹⁵

9. Lei que concede tratamento diferenciado em favor dos necessitados em caso de condenação em honorários de advogado

Conforme largamente visto acima, o tratamento diferenciado que se dá ao necessitado em relação a honorários de advogado não é privilégio se comparado com o que se dá ao Estado. É que em relação a este reduz-se o valor dos honorários, favor que não se concede àquele. O privilégio que se dá ao necessitado é no sentido de não pagar os honorários em caso de sucumbência, não se devendo perder de vista que isso fica a depender de não existir mudança na sua situação econômico-financeira num determinado lapso temporal fixado em lei.

115. No sentido da tese aqui defendida, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios...**, cit., pp. 40-42; TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição...**, cit., pp. 47-50; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., pp. 49-52.

O privilégio concedido ao necessitado no sentido de dispensá-lo do pagamento de honorários de sucumbência é posto pelo legislador em função de uma situação econômica insuperável. Trata-se de estado de necessidade, de maneira que o privilégio não é um favor legal, mas sim um direito fundamental, que, se não for atendido, está-se a negar às pessoas que se encontram em tal situação a possibilidade de tutela dos seus direitos violados ou ameaçados de violação. Impõe-se, pois, no caso, o tratamento desigual para tentar a igualdade material.

10. Lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público com relação a adiantamento de despesas processuais

O princípio da sucumbência plena expresso em determinados ordenamentos jurídicos só pode ser aplicado após o julgamento definitivo. Normalmente esses ordenamentos determinam que o adiantamento das despesas processuais ficará a cargo do autor e, com relação a determinados atos, a cargo da parte que os requereu. Isso significa dizer que a parte que fez o adiantamento de despesas processuais, sendo vencedora, deverá ser reembolsada pela parte vencida ao final.¹¹⁶

No entanto, é muito frequente os ordenamentos jurídicos disporem que a Fazenda Pública e o Ministério Público não adiantarão despesas processuais.¹¹⁷

116. No direito brasileiro, o Código de Processo Civil dá a seguinte regulamentação ao assunto: “Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença” (art. 19, *caput*). “O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual” (parágrafo 1º do art. 19). “Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público” (parágrafo 2º do art. 19). “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria” (art. 20, *caput*).

No que se refere às taxas judiciais, se o Estado é o próprio titular do crédito, não adiantar o pagamento das mesmas não é um privilégio legal, mas sim um evidente motivo lógico, na medida em que não se vai exigir ao devedor adiantar pagamento de algo do qual ele mesmo é credor. Há, no caso, verdadeira confusão. O mesmo ocorre em relação às despesas processuais alusivas a atos a serem praticados pelos próprios serventuários da justiça, porque é o Estado quem custeia tais serviços.¹¹⁸No entanto, se a Fazenda Pública ou o Ministério Público forem vencidos, o reembolso ao vencedor deve ser imediato.¹¹⁹Se o ordenamento jurídico prescreve algum sistema de pagamento procrastinatório, a solução para afastar tal inconveniente está em se determinar que a Fazenda Pública e o Ministério Público depositem em juízo os valores atinentes a tais despesas, devendo levantá-los aquele que vencer a causa.

117. No direito brasileiro, o Código de Processo Civil dispõe que “as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido” (art. 27).

118. Existem sistemas jurídicos em que o serviço judiciário alusivo aos serventuários é privatizado. No Brasil, o serviço judiciário da Justiça da União é público, o mesmo ocorrendo na maioria dos Estados -membros, mas uma minoria segue o sistema da privatização. Nos Estados-membros em que o serviço judiciário é privatizado obviamente que o não adiantamento de taxas e outras despesas processuais é inequivocamente um privilégio.

119. Jogar o pagamento de tal parcela para o sistema de precatório, como ocorre no Brasil, passa a ser violação ao princípio da isonomia. Sob essa perspectiva têm razão, em termos, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci quando afirmam que é inconstitucional a dispensa de adiantamento de taxas e certas despesas processuais pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público, ou seja, o adiantamento só não seria exigido em caso de confusão nas qualidades de devedor e credor (*In Constituição...*, cit., p. 47). Pensamos que no caso de condenação da Fazenda Pública a pagar despesas processuais que o autor adiantou não deve incidir o art. 100, da Constituição brasileira, porque tal dispositivo se refere à condenação quanto ao próprio direito objeto da causa, não se estendendo à restituição de despesas processuais que o autor fora obrigado a adiantar. Se o caso for de requisição de pequeno valor o problema não ocorre, desde que a decisão judicial seja cumprida.

Não se pode dizer o mesmo com relação às despesas processuais que envolvem créditos de terceiros. Assim, por exemplo, não se afigura constitucional a Fazenda Pública e o Ministério Público não adiantarem as despesas alusivas a indenização com deslocamento de testemunhas e honorários de perito. Aqui, além do injustificável tratamento diferenciado em relação à parte contrária, que tem de adiantar tais despesas quando estiverem a seu cargo, é profundamente injusto para com terceiros os quais só receberão ao final do processo valores que adiantaram ou créditos por serviços prestados.¹²⁰

11. Lei que concede privilégio ao necessitado com relação às custas e despesas processuais

Pelos motivos descritos acima quando tratamos dos honorários advocatícios, também há observância ao princípio da isonomia quando a lei dispensa o necessitado de adiantar despesas processuais. Como visto, a situação de desigualdade aqui é compensada com o tratamento desigual para exatamente tentar a igualdade real, além do que, sem tal providência, estar-se-ia negando, na prática, o acesso à justiça.

12. Lei que isenta o autor de adiantamento de despesas processuais e do ônus da sucumbência nos casos de ação popular e ação civil pública

Em determinados ordenamentos jurídicos o autor de ação popular e de ação civil pública tem o privilégio de não adiantar taxas ou qualquer despesa processual, bem assim de não sofrer as consequências da sucumbência, salvo comprovada má-fé.¹²¹

120. No sentido do texto, embora com fundamentos diferentes, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., pp. 56-57.

No caso da ação popular, o cidadão tem legitimação ativa com o objetivo de defender o erário público. Aqui quem defende o interesse público não é o Estado, mas sim o próprio cidadão individualmente, embora nada impeça a formação de litisconsórcio. Nesse tipo de processo figuram como réus o próprio

Estado (que pode deixar de contestar a ação ficando ao lado do autor), agentes da Administração Pública (políticos ou servidores comuns) e, a depender do caso, particulares beneficiários do ato.¹²²

Deste modo, exigir do cidadão adiantamento de taxas judiciais e demais despesas do processo ou, se vencido, sujeição ao ônus da sucumbência, significa, na prática, inviabilizar ou, ao menos, tornar muito difícil a ação popular, ou seja, impedir ou dificultar o acesso à justiça em relação a um dos institutos mais relevantes para a sociedade.

Com referência à taxa judicial e despesas processuais outras que não acarretam custo para terceiros não há maior problema a resolver, isto é, o autor popular não terá que adiantá-las. Essa isenção não causa prejuízo a ninguém. Se a ação popular for julgada procedente, os vencidos, salvo o próprio Estado, deverão ser condenados a pagar tais taxas e despesas caso o autor popular seja vencedor. Os problemas certamente surgirão, conforme análise infra, com relação às despesas processuais adiantadas pelos réus, caso o autor popular seja vencido.

Começam a surgir dificuldades em relação às despesas com atos processuais que geram custos imediatos para terceiros, conforme exemplos aqui já mencionados, porque os mais evidentes e corriqueiros, como despesas com deslocamentos de testemunhas e adiantamento de honorários de perito e, principalmente, adiantamento de despesas necessárias à realização de perícia, se for do autor o ônus da prova. Como na ação popular o cidadão está a defender o interesse público, que é o interesse do Estado, deve este, não importando se contestou a ação ou ficou ao lado do demandante,¹²³ adiantar tais despesas, porque aqui, a ser diferente, a injustiça não é propriamente contra a parte contrária, mas sim contra esses terceiros.

121. No direito brasileiro, cf., exatamente assim, quanto à ação popular, CF, art. 5º, LXXIII e art.10 da Lei nº 4.717/1965; quanto à ação civil pública, art. 18 da Lei nº 7.347/1985.

122. No direito brasileiro, conferir os arts. 1º e 6º da Lei nº 4.717/1965.

Deste modo, em princípio, o fato de o autor popular não ter que adiantar despesas processuais não fere o princípio da igualdade, pela excepcional razão de se tratar de cidadão que está a defender o interesse público e não interesse próprio.

Se os réus, tirante o Estado, adiantaram despesas processuais e venceram a causa, pelos mesmos motivos descritos no item anterior, é de ter-se como justa a norma constitucional que dispensa o autor do pagamento de tais despesas, bem assim de honorários de advogado dos réus, caso o autor popular não tenha agido de má-fé. No entanto, sempre partindo do pressuposto de que o autor popular não agiu de má-fé, não é consentânea com o princípio da igualdade a interpretação de que esse ônus deve ser suportado pelos próprios réus vencedores. Ora, esses réus (apenas os funcionários que participaram do ato e os beneficiários do ato) tiveram que adiantar despesas processuais e contratar advogado e venceram a causa, de maneira que não é justo que não sejam ressarcidos de tais despesas. Sendo certo que não se deve impor a obrigação de tal restituição ao autor popular, quem deve suportá-la é o Estado, não importando se contestou a ação ou se ficou ao lado do autor, porque o cidadão demandante estava a defender o interesse público, o que significa dizer o interesse do próprio Estado.

123. A ação popular tem a peculiaridade de o Estado ser necessariamente réu no processo, mas com opção de contestar a ação ou assumir posição ao lado do autor (Conferir no direito brasileiro, Lei nº 4.717/1965, parágrafo 3º do art. 6º). Isso não é de estranhar, porque o cidadão autor pode ter ou não ter razão no seu objetivo de defender o interesse público ao questionar o ato impugnado como lesivo ao erário público, de maneira que nada mais normal do que o Estado assumir posição processual ao lado do demandante caso, na visão dos seus atuais dirigentes, se verifique a primeira hipótese.

Se o cidadão agiu de má-fé é justo que ele deva arcar com o ônus da sucumbência.

No que se refere à ação civil pública proposta por entidades associativas, necessário se faz distinguir se estão a defender interesse público (no sentido de interesse do Estado) ou se estão a defender interesses de particulares. Se determinada associação figura como autora para defender o interesse público, a solução deve ser a mesma que se deu ao caso do autor popular, porque as razões jurídicas são as

mesmas.

Se a associação autora defende interesses de particulares há que se examinar a sua capacidade financeira. Tendo capacidade financeira deve a associação adiantar as despesas processuais e, se vencida, suportar o ônus da sucumbência como em qualquer processo, porque solução contrária fere o princípio da igualdade, não havendo qualquer razão jurídica para tratamento diferenciado entre as partes apenas pelo tipo de ação. Se a associação autora não tem capacidade financeira para suportar o custo do processo, caracteriza-se como necessitada e, assim, titular do direito à gratuidade da justiça nos termos acima expostos.

Se a ação civil pública for proposta pelo Ministério Público ou pelo Estado não há razão jurídica para tratá

-los de maneira diferente dos casos comuns. A natureza da ação não justifica que o réu vencedor da causa, o qual teve que adiantar despesas processuais e contratar advogado, não seja devidamente ressarcido como em qualquer processo, até porque se vencido teria que pagar tais despesas ao autor. Solução contrária fere o princípio da igualdade.

13. Tratamento diferenciado entre réus com relação aos efeitos da revelia

De um modo geral, os ordenamentos jurídicos dão à revelia efeitos jurídicos drásticos, principalmente no que se refere à presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor.¹²⁴

Ao mesmo tempo, em geral, dispõem tais ordenamentos que essa regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor em caso de falta de contestação não se aplica a todos os casos, principal e particularmente quando os direitos do réu são indisponíveis.¹²⁵

Se os direitos do réu são indisponíveis impõe-se o tratamento diferenciado para afastar a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. As razões, aqui, para o afastamento de tal regra, mais do que jurídicas, são de natureza lógica, porquanto, do contrário, teríamos que desconsiderar o fato da indisponibilidade dos direitos. Se assim é, tal tipo de dispositivo legal que prescreve tratamento diferenciado não fere o princípio da igualdade.

Havendo litisconsórcio passivo unitário e contestação de apenas um dos réus litisconsortes não se aplica o efeito da revelia ao réu litisconsorte que não apresentou contestação. Aqui também as motivações para o tratamento diferenciado são, mais do que jurídicas, lógicas. É que o litisconsórcio unitário ou uniforme tem como característica o fato de o julgamento ter, necessariamente, o mesmo resultado em relação a todos os litisconsortes. Deste modo, não há como incidir a regra que prescreve o efeito da revelia em relação a todos os réus, porquanto isto resultaria em prejuízo ao réu que apresentou contestação; também não existe possibilidade de se aplicar tal regra apenas em relação ao réu que não apresentou contestação ante o fato de que a lógica do julgamento necessariamente unitário o impediria. Aliás, essa é a razão pela qual, nas mesmas circunstâncias (litisconsórcio unitário ou uniforme), o recurso interposto apenas por um litisconsorte aproveita aos demais.¹²⁶ Evidentemente que também aqui o princípio da igualdade resta observado.

124. O direito brasileiro segue essa linha de orientação, conforme se vê do quanto consta no art. 319 do CPC. Assim: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

125. No CPC brasileiro consta tal exceção nos seguintes termos: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato” (art. 320).

Também não há como incidir a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor em caso de falta de contestação quando não se juntou à petição inicial documento indispensável à prova do ato. Nesse caso, o documento é considerado substancial ou fundamental, de maneira que sua falta não

significa que o autor não tem o direito alegado. Em verdade, nesse caso o problema é de falta de pressuposto de desenvolvimento regular do processo, de modo que a falta de documento indispensável exige que o juiz conceda ao autor o prazo previsto em lei para juntada de tal documento.¹²⁷ Não ocorrendo tal juntada no prazo legal, a petição inicial deve ser indeferida (extinção do processo sem resolução do mérito). Se assim é, na realidade, não há, no caso, como se falar em revelia, porque o réu não precisaria ser citado. Se houve citação do réu em tal circunstância é porque o juiz não observou as regras das providências preliminares no objetivo de sanear o processo. Deste modo, se ocorreu desnecessariamente citação do réu e este não apresentou contestação há que incidir a norma que excepciona a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. Mas como o autor tem direito de emenda à petição inicial, não ocorrendo tal emenda tempestivamente o juiz não deverá admitir a petição inicial, julgando extinto o processo sem resolução do mérito. Caso o autor emende a petição inicial tempestivamente o procedimento correto será repetir a citação do réu.

126. No direito brasileiro o assunto está disciplinado no art. 509 e parágrafo único, nos seguintes termos: “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”. “Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns”.

127. No direito brasileiro, é o que se deduz do quanto consta nos arts. 283 e 284 e parágrafo único do CPC.

Na linha do exposto acima, ainda que haja omissão da lei, o juiz deve desconsiderar a revelia de réu necessitado, quando tem elementos fáticos no processo para embasar tal decisão. Em consequência, deve oficiar à Defensoria Pública ou órgão equivalente, onde houver, para indicar defensor em favor do réu, ou, na sua falta, providenciar ele próprio essa designação, reabrindo-se o prazo para defesa. No caso, o juiz nada mais faz do que aplicar os princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, em atenção à ideia de um processo para além de uma visão meramente técnica.

14. Lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais

Alguns ordenamentos jurídicos prescrevem privilégios a determinados entes estatais ao instituírem o duplo grau obrigatório de jurisdição nos casos de sentença proferida contra tais entes.¹²⁸

O duplo grau obrigatório de jurisdição significa que o julgamento de primeiro grau existe, mas é ineficaz porque, a atuação jurisdicional está incompleta, impondo-se o julgamento por outro jurisdicional de hierarquia superior, independentemente de recurso da parte vencida. Daí o instituto ser também denominado de remessa necessária ou remessa oficial, ou, ainda, impropriamente, de recurso de ofício.

128. É o caso do direito brasileiro que dispõe sobre o tema no art. 475, *caput*, do CPC, nos seguintes termos: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”. Os parágrafos 2º e 3º deste artigo excepcionam sua aplicação nos casos em que o direito controvertido não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos e nas hipóteses em que a sentença está em conformidade com jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou súmula de tribunal superior. Em outras leis extravagantes também consta previsão de sentenças sujeitas a duplo grau obrigatório de jurisdição, a exemplo da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança – parágrafo 1º do art. 14) e da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular – art. 19).

Sem o privilégio do reexame necessário, apresentada a sentença pelo órgão jurisdicional de 1º grau a parte vencida tem o ônus de interpor o recurso previsto no sistema. A falta de recurso tempestivo forma a coisa julgada.

Não há razão jurídica para que se dê tratamento diferenciado às partes, impondo-se a uma delas o ônus de recorrer e dispensando a outra de tal ônus. O Estado deve se aparelhar com pessoal suficiente para cumprir os prazos processuais. O máximo que se pode conceder é uma prorrogação do prazo por tempo razoável, caso se apresente ao juiz alegações e provas que justifiquem tal excepcional providência. Se não existir tal circunstância e não houver interposição de recurso, o problema é de responsabilidade

funcional do advogado do Estado encarregado do caso; então a hipótese é de orientação em não recorrer dado o inequívoco acerto da sentença. Deste modo, o duplo grau obrigatório de jurisdição, por ser privilégio injustificável, viola o princípio da igualdade, além de fazer dilatar o encerramento do processo desnecessariamente, o que também resulta em violação ao princípio do processo em tempo razoável.

15. Lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor

A teoria clássica a respeito do tema do ônus da prova afirma que ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu alegado direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos que alegar na defesa.¹²⁹

129. O CPC brasileiro segue essa doutrina tradicional, ao dispor o seguinte: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (art. 333).

Alguns ordenamentos jurídicos contêm normas que consagram privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.¹³⁰

Os dispositivos legais que constam nos ordenamentos jurídicos seguindo integralmente a teoria clássica não passam de um ponto de partida como regra, de maneira que nem de longe servem para resolver todos os casos que surgem no processo. Segundo tal teoria, em todos os processos em que o réu apresentar contestação sem alegar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos o ônus da prova é exclusivamente do autor, do mesmo modo que sempre que o réu apresentar contestação alegando fato extintivo, modificativo ou impeditivo o ônus da prova é exclusivamente do réu em relação a esses fatos.

Se o juiz tivesse que seguir à risca o dispositivo legal consagrador de tal teoria em todos os casos, certamente que cometeria injustiça em muitos deles. A posição mais apropriada em torno desse assunto, no nosso entendimento, é a que está consubstanciada na **teoria das cargas probatórias dinâmicas**, segundo a qual o ônus da prova deve ser atribuído pelo juiz à parte que estiver em melhores condições de provar segundo as circunstâncias de cada caso concreto.¹³¹

Deste modo, os ordenamentos jurídicos que invertem as regras do ônus da prova em favor do consumidor estão a seguir essa teoria, na medida em que existe uma hipossuficiência técnica do consumidor em relação ao fornecedor, de maneira que tal privilégio conferido pela lei ao consumidor visa atender, no particular, ao princípio da igualdade. No entanto, isso não significa que a norma que prescreve o privilégio em favor do consumidor deva ser aplicada em todos os casos. Volta-se à teoria das cargas probatórias dinâmicas, porque poderão surgir casos concretos nos quais as circunstâncias revelem que o consumidor está em melhores condições de provar do que o fornecedor, ou então ambos terão que provar alguma coisa (teoria das provas compartilhadas).¹³²

Capítulo IV

130. No direito brasileiro, a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII).

131. Cf. sobre o assunto nosso trabalho **Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas**. In Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade 260. O Projeto de Código de Processo Civil brasileiro aprovado pelo Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados segue a teoria clássica como regra (art. 357), mas adota a teoria das cargas probatórias dinâmicas (art. 358 e parágrafos).

132. Nesse sentido, em termos, GIDI, Antonio. **Defesa do consumidor – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor**. In Ciência Jurídica. Belo Horizonte, vol., 64, 1995, pp. 24-33; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova. Como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 71-80.

Acesso à justiça e o princípio do processo devido em direito

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamento constitucional do princípio do processo devido em direito. 3. Amplitude do princípio do processo devido em direito.

1. Introdução

O direito de acesso à justiça tem relação estreita com diversos princípios constitucionais processuais, impondo

-se uma análise dessa relação para melhor compreensão do tema a partir do mais amplo desses princípios, que é o princípio do processo devido em direito.

2. Fundamento constitucional do princípio do processo devido em direito

O princípio de processo devido em direito (processo justo, processo equitativo, *due process of law*) tem suas raízes históricas na Magna Carta, expedida na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra em 1215, complementada pela Carta expedida por Eduardo III em 1354.¹³³

133. O art. 39 da Magna Carta expressava o seguinte: “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado dos seus bens, ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição. E nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão por julgamento regular pelos seus iguais e de harmonia com a lei do país”. Mas, como anotado por J. J. Gomes Canotilho, a expressão “de harmonia com a lei do país”, por não ser clara, fora substituída pela Carta apresentada por Eduardo III em 1354 pela fórmula processo devido em direito, semanticamente mais rica, apesar de mais indefinida”. In **Direito constitucional**..., cit., p. 492. Tal princípio está consagrado nas constituições democráticas, a exemplo da Constituição brasileira no seu art. 5º, LIV, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

3. Amplitude do princípio do processo devido em direito

O princípio do processo devido em direito é o mais amplo dos princípios processuais constitucionais. Trata

-se, pois, de princípio **derivante** (ou irradiante), na medida em que dele decorrem todos os demais princípios processuais. Desse modo, não se pode falar em processo devido em direito se, por exemplo, não se atende aos princípios da ampla defesa, da publicidade, do contraditório, do direito à produção da prova por meios lícitos, da celeridade, da fundamentação das decisões, do processo em tempo razoável, da eficácia das decisões, etc.

Com efeito, o princípio do processo devido em direito é tão amplo que dispensaria a expressão dos demais princípios. Não que os demais princípios não existam em si mesmos, mas a realidade é que eles são princípios **derivados** (decorrentes) do princípio do processo devido em direito, de maneira que caso não estejam expressos são considerados implícitos. Pode-se, assim, concluir que caso alguns desses princípios derivados não sejam observados em determinado processo também não se atendeu ao princípio do processo devido em direito.¹³⁴

Doutrinariamente o princípio do processo devido em direito é visto sob dois enfoques: 1) meramente processual (**teoria processual**; *procedural due process*); 2) material (**teoria substantiva**; *substantive due process*).

A teoria processual leva em consideração apenas o processo em si mesmo, é dizer, preocupa-se apenas com as garantias processuais num determinado processo em que estão em jogo os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade. Por outras palavras, segundo a teoria processual, o princípio do processo devido em direito estará

134. Nesse sentido, NERY JUNIOR. Nelson. **Princípios**..., cit., pp. 25-26. Relacionando o princípio do processo devido em direito com outros princípios processuais constitucionais, conferir SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp.138-175.

Acesso à justiça 141

atendido se os princípios processuais previstos, como os de petição, comunicação dos atos processuais, defesa, contraditório, produção de provas lícitas, etc, forem observados.

A teoria substantiva parte da afirmação de que um processo devido em direito (processo justo ou

processo equitativo) está centrado na justiça com relação aos direitos em si mesmos (os bens da vida no plano material, a partir dos direitos fundamentais). Isso significa dizer que o processo justo deve ser considerado a partir da criação da própria norma legislativa, ou seja, da lei justa ou da lei razoável.¹³⁵ Daí o combate às leis injustas, irrazoáveis, absurdas, que privam desnecessariamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, desrespeitariam o princípio do processo devido em direito, por exemplo, leis que permitam à Administração expropriar bens sem prévia e justa indenização; afastem a liberdade de imprensa; autorizem o cerceamento da intimidade do cidadão, etc sem critérios de razoabilidade. Isso significa dizer que o juiz deve, ao resolver determinado caso, examinar os direitos materiais em jogo de modo a verificar a justiça e a razoabilidade da lei material em discussão, dando a solução mais justa ao caso.¹³⁶

135. DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional ao poder legislativo**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, março, 1948, vol. CXVI, pp. 357 e segs.; LINARES, Juan Francisco. **El “debido proceso” como garantía innominada en la constitución argentina**. In Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. La Plata: Tomo XIV, 1943, pp. 495 e segs.; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 369 e segs.; FREITAS, Juarez. Da substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Rio de Janeiro: Vozes, 1989, pp. 72 e 105-106.

136. Como salientado por Juan Francisco Linares, “*toda norma constitucional de competencia legislativa queda integrada por una norma implícita que dice: ‘Todas las leyes del Congreso e Legislaturas provinciales deben ser razonables’*”. E adiante reafirma que “*la garantía de la razonabilidad obliga al Legislador a dictar leyes que observen una medida y proporcionalidad tal que no restrinjan absurdamente la libertad del individuo. Vale decir, que obliga al órgano estatal – diga- mos al Legislador – a observar cierta política jurídica estimativa en las*

De fato, parece-nos que as duas teorias, isoladamente, são insuficientes. Há necessária interligação entre os dois aspectos do princípio do processo devido em direito, ou seja, o processo não pode e não tem como ignorar o aspecto material que vem para dentro dele. Processo (dimensão processual) e mérito (dimensão material, em regra) formam um todo. Não há como dizer, de um lado, que determinada decisão foi justa sob o enfoque material, se no caso concreto o juiz não observou princípios processuais, decidindo, por exemplo, contra o réu sem as garantias de defesa e de produção de provas permitidas em lei, quando o caso exigia dilação probatória. De outro lado, não se pode falar em processo devido em direito se o juiz, por mais que tenha garantido todos os princípios processuais, decidiu o caso aplicando uma lei absurda, a exemplo de lei que permita à Administração expropriar bens sem prévia indenização e sem qualquer motivação razoável.

Destarte, um processo em que não se observou o princípio do processo devido em direito nas suas dimensões processual e material, também não se atendeu ao princípio do acesso à justiça, na medida em que o direito à jurisdição só faz sentido se o processo gerou uma decisão justa sob todos esses aspectos.¹³⁷

Capítulo V

imputaciones normativas que realiza cuando legisla, o sea, cuando crea derecho dentro de los marcos constitucionales de su arbitrio”. LINARES, Juan Francisco. **El “debido proceso”**..., cit., pp. 641 e 646.

137. Relacionando o princípio do processo devido em direito com as ideias de imparcialidade e independência do julgador e, estas todas com o princípio do acesso à justiça, diz J. J. Calmon de Passos que “a nada conduzir, em concreto, assegurarem-se a imparcialidade e a independência do juiz se também não for garantido o acesso ao julgador, como direito subjetivo deferido a todo e qualquer sujeito submetido ao império de determinada ordem jurídica”. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In *Revercor. Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891 – 1981*. Saraiva, p. 86.

Acesso à justiça e o princípio do juiz natural

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conteúdo do princípio do juiz natural. 3. O princípio do juiz natural e conceito de autoridade competente: falta de jurisdição e falta de competência. 4. O princípio do juiz natural e a ideia de juiz do lugar. 5. O problema dos atos processuais praticados por juiz afastado em face do princípio do juiz natural. 6. A unidade do juiz natural. 7. Sobre a substituição de juízes e convocação de juízes de órgão inferior para atuar em órgão superior em face do princípio do juiz natural.

8. Sobre o denominado “esforço concentrado” em face do princípio do juiz natural. 9. Sobre a distribuição de processos em face do princípio do juiz natural. 10. Sobre a avocação e a suspensão de processos em face do princípio do juiz natural. 11. Sobre a exclusão de juiz do processo e o desaforamento de causas em face do princípio do juiz natural. 12. Sobre os atos de supressão ou de modificação de competência de órgão judiciário em face do princípio do juiz natural. 13. Sobre a cláusula contratual de competência de foro em face do princípio do juiz natural. 14. Sobre a atribuição de poder jurisdicional a particulares fora dos casos previstos na constituição em face do princípio do juiz natural. 15. Violação ao princípio do juiz natural e suspeita de parcialidade.

1. Introdução

O princípio do juiz natural é um dos princípios processuais constitucionais dos mais relevantes, de maneira que há uma profunda relação entre o direito de acesso à justiça e tal princípio. É o que passaremos a analisar.

2. Conteúdo do princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural – juiz legal, segunda a terminologia preferida pela doutrina alemã e grande parte da doutrina portuguesa – se funda na ideia de que ninguém deve ser julgado por tribunal ou juízo de exceção ou *ad hoc*, mas sim apenas pela autoridade competente nos termos previstos em lei anterior a partir da norma constitucional ou na própria norma constitucional.¹³⁸

Por tribunal de exceção entende-se aquele designado ou criado para julgar determinado caso, não importando quem o criou nem se foi criado antes ou depois do fato ou complexo de fatos objeto da causa a ser julgada nem quem fez a designação.¹³⁹

138. A Constituição brasileira consagra esse princípio nos seguintes termos: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII). Diz Nelson Nery Junior que a Constituição brasileira consagra também no ora transcrito art. 5º, LIII o princípio do promotor natural, ao sustentar que “extraí-se da locução “processar”, que vem no art. 5º, LIII, da CF, o sentido de que é a atribuição que se confere ao Ministério Público para mover ação judicial, pois somente ele pode “processar” alguém; não mais o juiz, a quem se aplica o vocábulo “sentenciar” constante da mesma norma constitucional em exame” (*In Princípios...*, cit., p. 81). Pensamos que o dispositivo em tela se refere apenas ao juiz, até porque quando o promotor promove ação judicial face a alguém não pratica ato de autoridade, mas sim ato de parte, sujeitando-se, por isso mesmo, como qualquer outra parte, à autoridade da decisão de quem tem o poder jurisdicional, evidentemente que com os meios e recursos previstos em lei, também conferidos a qualquer um que esteja a agir como parte. De outro lado, embora seja certo que ao juiz não cabe promover ação, certo igualmente é que ele não se limita no processo a sentenciar, valendo lembrar que há casos em que determinado ordenamento jurídico pode prever que certo órgão tem poder jurisdicional apenas para processar (órgão jurisdicional de instrução) e outro órgão tem o poder jurisdicional apenas para julgar (órgão jurisdicional de julgamento). De toda maneira, é sempre ao juiz que se entrega a função de processar e julgar. Quando o art. 5º, LIII, da Constituição brasileira emprega a expressão **processar** está a se referir apenas ao juiz porque a ele cabe decidir se admite ou não o ato da parte que inicia a demanda, inclusive o Ministério Público quando estiver atuando como parte, e dirigir o processo até final. Por outras palavras, da cláusula de que “ninguém será processado senão pela autoridade competente” resulta que o cidadão só está sujeito a processo que tenha toda tramitação perante o juiz natural, e não a que também está sujeito somente a ser acusado por um promotor natural. Não se perca de vista que o dispositivo em tela não se refere apenas ao processo penal, onde, por sinal, não é só o Ministério Público quem tem a titularidade da ação, mas também ao processo civil, onde também o Ministério Público pode atuar como parte, e a todo e qualquer outro processo. Fosse diferente, quando qualquer particular estiver a atuar como parte ter-se-ia que concluir que estaria “processando” alguém e, assim, agindo como autoridade, o que, evidentemente, não é o caso. Aliás, tudo isso resulta

Sem dúvida que a criação de tribunal ou juízo de exceção posteriormente ao caso é mais gritante, mas a violação ao princípio do juiz natural pode também se concretizar se a criação do órgão se deu anteriormente aos fatos. Assim, se é exata a associação que se costuma fazer de juiz natural a juiz preconstituído, esse não é o único dado que configura a observância do princípio em tela. Deste modo, o órgão jurisdicional pode ter sido criado anteriormente aos fatos, mas com finalidade específica e dirigida para julgar determinados casos concretos ou casos idênticos, isto é, casos que envolvem situações previsíveis, determináveis, temporalmente limitadas, que se sabe de antemão que se concretizarão (tribunais extraordinários). Deste modo, se essa última hipótese ocorrer, tal órgão jurisdicional se caracteriza como tribunal ou juízo de exceção, o que significa dizer que o caso será, igualmente, de violação ao princípio do juiz natural.¹⁴⁰

igualmente claro dos arts. 52, I e II, 102, I, 105, I, 108, I, 109, I a XII, 114, I a IX e 125, parágrafos 4º e 5º, da Constituição brasileira, todos empregando a expressão “processar e julgar” quando se referem às atribuições jurisdicionais dos órgãos ali referidos. Veja-se, aliás, que há exemplo no direito brasileiro em que determinado juiz tem competência para processar (dirigir o processo praticando os atos necessários ao julgamento), mas a competência para julgar pode ou deve, a depender das circunstâncias, ser atribuída a outro juiz. É o caso do processo alusivo a crimes dolosos contra a vida (consumados ou tentados), onde o juiz togado tem competência para dirigir todo o processo (processar), tem poderes de julgamento para absolver sumariamente o réu, decidir no sentido de não pronunciá-lo (que também ocorre após a instrução) ou no sentido de pronunciar

-lo (levá-lo a julgamento pelo júri), caso em que a competência para julgar o réu passa a ser do júri popular (juiz natural), ficando o juiz togado com competência limitada a presidir os trabalhos, retomando o poder decisório para aplicação da pena na hipótese de o júri proferir decisão condenatória (Constituição Federal, art. 5º XXXVIII e Código de Processo Penal, arts. 406 e seguintes). Não se nega aqui a existência nem a relevância do princípio do promotor natural, mas ele resulta do art. 129, da Constituição Federal e das normas infra

-constitucionais que regulamentam tal dispositivo no sentido de vedar designações de promotores ou exclusão de promotores de suas atividades sem observância dos mesmos critérios aplicáveis ao juiz.

139. No sentido do texto, em termos, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., p. 58.

Com efeito, o princípio do juiz natural pressupõe que o órgão jurisdicional tenha sido criado anteriormente segundo as normas constitucionais ou legais em caráter geral e abstrato. Vê-se aí que o princípio do juiz natural envolve os princípios da legalidade (só a lei pode instituir o órgão jurisdicional e determinar a sua competência) e da irretroatividade (a lei que instituiu o órgão jurisdicional e definiu a sua competência deve estar em vigor antes do acontecimento dos fatos que fundamentam a ação).¹⁴¹

Quando se fala em caráter geral evidentemente que não se está a querer dizer que o Estado não possa criar justiças especializadas como mecanismo de divisão do trabalho e melhor realização do serviço jurisdicional. Assim é que a criação de justiças especiais (federal, trabalhista, eleitoral, militar, administrativa, tribunal constitucional), enquanto órgãos jurisdicionais preconstituídos a partir da norma constitucional, não ofende ao princípio do juiz natural.

Nessa linha de raciocínio também não podem ser tidos como tribunais ou juízos de exceção os órgãos jurisdicionais com atribuições para julgar causas em razão de pessoas e fatos (prerrogativa de foro). A razão é idêntica à situação anterior. Assim, o que importa é que não se está a instituir órgãos jurisdicionais para beneficiar ou prejudicar determinada pessoa em particular, mas sim para atender necessidade pública ou interesse público nos termos constitucionais ou legais prévios e gerais. Deste modo, justifica-se a prerrogativa de foro se determinada conduta praticada por determinado agente se enquadrar em determinadas situações peculiares previstas nas normas referidas, como o exercício de determinadas funções públicas e determinadas condutas por estes praticadas. Por outras palavras, a prerrogativa de foro prevista previamente na constituição ou na lei está posta em razão do cargo a ser ocupado, e não da pessoa que ocupa o cargo.¹⁴²

140. Foi exemplo disso no Brasil, ao tempo do Estado Novo, o Tribunal de Segurança, criado em 1935 para julgar crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições.

141. Nesse sentido, no que se refere à matéria criminal cf. na doutrina portuguesa, DIAS, Jorge de Figueredo. **Direito Processual Penal**. Cit., pp. 322-323. É de se reconhecer, no entanto, que no que se refere ao Processo Civil, pelo menos em regra, essa exigência de irretroatividade deve ser abrandada para o momento da propositura da ação, tendo em conta, p. ex., a largueza de alguns prazos prescricionais. No entanto, deve ficar ressalvado que essa flexibilidade não impede que se apure eventual caso concreto de burla ao princípio do juiz natural por trás da instituição, ainda que por lei, de órgão jurisdicional no transcurso temporal entre os fatos que fundamentam a ação e o ajuizamento desta.

142. Vejam os seguintes exemplos na Constituição brasileira: “compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I); “Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (art. 52, I e II). “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (parágrafo único do art. 52); “admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”; “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da

República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, *b a d*).

3. O princípio do juiz natural e conceito de autoridade competente: falta de jurisdição e falta de competência

O conceito **autoridade competente** deve ser entendido como atribuição de poder jurisdicional a determinado órgão pelas normas constitucionais (jurisdição). Esse aspecto do conceito é mais relevante do que o aspecto restrito do conceito **competência** dado pela doutrina processual, que se refere apenas à divisão do trabalho dentre os órgãos com função jurisdicional, tendo em consideração diversos critérios (território, matéria, pessoa, valor, etc.) segundo normas infraconstitucionais. Assim, quando se fala em **autoridade competente** para se referir ao princípio do juiz natural, significa dizer, num primeiro plano, que o poder jurisdicional é entregue, a partir da constituição, normalmente a diversos órgãos do Poder Judiciário (justiça comum, justiças especiais), a órgãos especiais que não integram tal Poder (tribunais de contas, tribunais administrativos, tribunais constitucionais nos países que adotam, respectivamente, sistema de contencioso administrativo e sistema especial de controle de constitucionalidade) e ao Poder Legislativo (em princípio nos casos de crimes de responsabilidade praticados por determinadas agentes políticos). Desta maneira, é fundamental aqui a distinção entre **poder** e **função**, valendo ressaltar que, como é elementar, o clássico princípio da divisão de poderes não se aplica integralmente, sendo frequentemente necessário, até mesmo como condição de funcionalidade do próprio princípio, que excepcionalmente um Poder exerça funções que são típicas de outro Poder.¹⁴³ Vale dizer, quando a letra de determinada constituição se refere ao princípio do juiz natural expressando que “ninguém será processado e julgado senão pela autoridade competente” deve-se ter em consideração que a própria constituição pode dividir a função jurisdicional entre determinados órgãos, de maneira que estes só têm jurisdição nos limites postos na própria constituição. Isso significa dizer que jurisdição não se confunde com competência. Dito de outro modo, o juiz natural, primeiro de tudo, é o juiz para o caso segundo as normas constitucionais (juiz com jurisdição). Definida a jurisdição, deve ser examinado o problema da competência, no sentido estrito (processual) da expressão, em nível, portanto, das normas infraconstitucionais. Por outras palavras, em torno desse tema, não se pode olvidar que a atribuição constitucional do poder jurisdicional significa atribuição de jurisdição e não de mera competência.

143. Não temos como constitucionais, ainda que conste na constituição, as normas de determinado Estado que, por hipótese, atribua função jurisdicional a órgão do Poder Executivo para julgar causas em que a própria Administração é parte, ainda que se trate de questões de natureza administrativa ou fiscal, sem qualquer possibilidade de acesso a tribunal independente e imparcial, ainda que não seja integrante do Poder Judiciário. Como se verá adiante, se o Poder Executivo julga atos do próprio Executivo não haverá, aí, exercício de jurisdição, mas sim julgamento em causa própria, porquanto o

Com efeito, a análise do problema sob este enfoque tem a consequência prática de que os atos praticados por quem não tem função jurisdicional para o caso (falta de jurisdição) são juridicamente inexistentes; os atos praticados por quem tem poder jurisdicional, mas não tem competência (falta de competência) são juridicamente existentes, porém sujeitos a invalidação. Expressando de outro modo, a violação ao princípio do juiz natural em nível constitucional direto (falta de jurisdição) é um problema de inexistência jurídica do processo; a violação ao princípio do juiz natural por desrespeito às normas processuais infraconstitucionais de competência é um problema de invalidade, em tese, de determinados atos processuais, o que significa dizer que esses atos prevalecerão enquanto não forem invalidados por quem tem competência para tanto, que é o próprio órgão jurisdicional, cabendo aí distinguir, com todas as suas consequências processuais, a incompetência absoluta da incompetência relativa, segundo o ordenamento jurídico de cada país. Assim, por exemplo, se a constituição atribui ao parlamento o poder de julgar

determinados agentes políticos nos crimes de responsabilidade apenas tal órgão tem jurisdição para tanto. Se quem procedeu a tal julgamento foi outro órgão qualquer, ainda que do Poder Judiciário, houve clara violação ao princípio do juiz natural por agressão direta à constituição, caracterizando-se o “processo” e a “decisão” dentro dele operada como juridicamente inexistentes. Diga-se o mesmo se determinado órgão que não o tribunal constitucional “decidir” uma “demanda” que tem por objeto o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo do poder público. No mesmo contexto, vale citar como mais um exemplo o caso de um ordenamento jurídico que segue sistema de contencioso administrativo, em que determinada causa de natureza administrativa ou fiscal é julgada por um tribunal judicial comum, ou então, ao contrário, um tribunal administrativo julga causa que é atribuição de tribunal judicial comum.

que caracteriza a jurisdição é a nota da substituição, ou seja, julgamento por terceiro independente e imparcial. Como o Estado não teria porque, no caso, abrir mão da sua soberania, não há alternativa senão o julgamento do Estado pelo próprio Estado, mas impõe-se que esse julgamento seja realizado por um órgão independente e imparcial. Fora daí, portanto, toda vez que o órgão administrativo julgar contra o particular, uma vez que estaria vedado acesso aos tribunais judiciais, há, inequivocamente, negação de acesso à justiça.

Os exemplos acima narrados são bem caracterizados e nítidos para melhor compreender o tema em tela. Mas o problema da atribuição constitucional de julgar não se põe apenas na relação entre os Poderes ou entre órgãos judiciais e órgãos especiais não judiciais, mas também entre os próprios órgãos de um mesmo Poder, particularmente entre órgãos do próprio Judiciário, tendo em conta as constituições que instituem tribunais judiciais especiais.¹⁴⁴ Assim, por exemplo, se a constituição atribuiu o poder jurisdicional de julgar causas trabalhistas à Justiça do Trabalho, enquanto órgão jurisdicional especial por ela próprio instituído, e o julgamento se deu por outro órgão jurisdicional, também houve violação aberta ao princípio do juiz natural por agressão direta à constituição (falta de jurisdição), caracterizando-se todo o “processo” como juridicamente inexistente; o mesmo ocorre se a Justiça do Trabalho julgar causa atribuída pela constituição à justiça comum ou a outra justiça especial.¹⁴⁵ Isso não significa dizer que o princípio do juiz natural não tenha que ser considerado e analisado no que se refere a problemas processuais de competência por violação a normas processuais infraconstitucionais, como logo adiante se perceberá.

144. É o caso da Constituição brasileira (v. Art. 92). É claro que nos casos concretos teremos as situações de evidência e as situações de dúvida. De todo modo, os casos duvidosos em que se verifica conflito de jurisdição terá tal conflito que ser resolvido por um terceiro órgão competente nos termos da constituição. Mas o fato de a situação ser duvidosa não nos dispensa da coerência de afirmar que não se concordando com a solução que fora dada em determinado caso em que não houve suscitação de conflito o “processo” e a “decisão” são

Com efeito, existem muito problemas processuais relacionados com a falta de jurisdição e, conseqüentemente, com o princípio do juiz natural. Vejamos alguns casos.

4. O princípio do juiz natural e a ideia de juiz do lugar

O conceito atual de juiz natural não se identifica com a ideia de juiz do lugar. Esta perspectiva (juiz do lugar) nada mais é do que um aspecto definidor de competência, que é o aspecto territorial, por sinal dos mais tênues, porque os ordenamentos jurídicos costumam dispor que são casos de nulidade relativa os vícios de competência territorial do juízo. Desta maneira, os atos processuais praticados por juízo relativamente incompetente em princípio ou já foram sanados pela aceitação da parte interessada ou, se impugnados, só poderão resultar em anulação dos atos decisórios.

De outro lado, é claro que a decisão de um juiz do lugar vale em todo o território nacional. No entanto, é preciso não olvidar que o conceito de juiz do lugar diz respeito ao princípio do juiz natural no sentido de que o juiz só tem jurisdição no seu lugar, ou seja, no limite da sua atuação jurisdicional territorial na forma da lei local.

juridicamente inexistentes. Não importa, por se tratar de outro problema, o fato de “decisão” juridicamente inexistente produzir efeitos práticos no plano material, inclusive pelo fato de o interessado deixar de postular a declaração judicial de inexistência jurídica e o afastamento jurídico dos efeitos materiais produzidos.

Dito de outro modo, o juiz não tem como sair por aí a assumir processos e prolatar decisões em qualquer lugar em que estão atuando outros juízes, a não ser, é claro, nos casos de substituição segundo as normas locais de organização judiciária. Essa vedação é tão importante que se aplica aos casos em que existe mais de um juiz no mesmo lugar, igualmente competente. Vale dizer, o juiz de um lugar fica limitado a atuar em relação aos processos que foram atribuídos ao seu órgão jurisdicional conforme distribuição, não podendo decidir em processos atribuídos a outro juiz no mesmo lugar, a não ser, repita-se, nos casos de substituição na forma das normas locais de organização judiciária. Em todos esses casos o problema é de falta de jurisdição, e não de mera falta de competência, porque em evidente violação ao princípio do juiz natural em nível constitucional, de maneira que tais atos haverão de ser tidos como juridicamente inexistentes. Em verdade, esse tipo de conduta é um verdadeiro desatino, porque qualificada como usurpação de função pública, a ser tida como das mais graves, porque da função jurisdicional.

5. O problema dos atos processuais praticados por juiz afastado em face do princípio do juiz natural

O juiz afastado por qualquer motivo, a exemplo de suspensão cautelar em procedimento administrativo para apuração de falta funcional, licença, férias, etc, enquanto afastado estiver não tem jurisdição, que, por sinal, está ocupada pelo seu substituto legal, não sendo outra a razão pela qual se diz corriqueiramente que o juiz natural é apenas um. Nesses casos, os atos que por acaso o juiz afastado praticar ofendem ao princípio do juiz natural e devem ser tidos como juridicamente inexistentes.

Com o retorno regular do juiz afastado, uma vez que este readquiriu sua jurisdição, quem já não mais tem jurisdição, *a contrario sensu*, é o substituto legal daquele. Mais uma vez incide a regra de que o juiz natural é apenas um. Deste modo, quem estará a violar o princípio do juiz natural e, assim, a praticar atos juridicamente inexistentes, será o juiz substituto se continuar a atuar após o regular retorno do juiz substituído.

6. A unidade do juiz natural

Quando se afirma a unidade do juiz natural está-se aqui a se referir ao órgão jurisdicional a partir de processos pendentes e não à figura da pessoa do juiz, de maneira que, como visto acima, mais de um juiz pode atuar num determinado processo, seja nos casos de substituição legal ou de sucessão legal de juízes. De outro lado, apesar de o princípio do juiz natural se referir ao órgão, nada impede que mais de um órgão jurisdicional tenha funções diferenciadas num mesmo processo. Assim, por exemplo, é possível a atribuição da função de conciliação a um juiz (órgão jurisdicional de conciliação), e a outro juiz a função de instrução (órgão jurisdicional de instrução) no mesmo plano hierárquico. Do mesmo modo, é possível a atribuição de função de julgamento em 1º grau a determinado órgão (órgão jurisdicional de julgamento em 1º grau) e a outro a função de julgamento em 2º grau (órgão jurisdicional de julgamento em 2º grau), etc, desde que tudo esteja regulamentado previamente em lei.

7. Sobre a substituição de juízes e convocação de juízes de órgão inferior para atuar em órgão superior em face do princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural também deve ser observado nas substituições dos juízes nos processos, inclusive nas convocações de juízes de instância inferior para atuar em órgão jurisdicional superior, de maneira que as normas que regulamentam o assunto devem prescrever a garantia da pré-constituição, vedando designações arbitrárias ou discricionárias de juiz. Assim, por exemplo, se o juiz se afastou de determinado processo por motivo de impedimento ou suspeição deve remeter os autos do processo ao seu substituto legal na forma das normas regulamentares preexistentes. Inexistindo tais normas e havendo mais de um órgão jurisdicional no mesmo lugar a solução correta para que seja efetivamente aplicado o princípio do juiz natural será a distribuição do processo. Aliás, em casos assim, sempre que não se previu nas normas regulamentares o procedimento prévio de substituição do órgão ante determinada

situação fática, a única solução aceitável, no mesmo lugar ou não, será a distribuição do processo entre os órgãos com igual competência material, sendo absolutamente fora de cogitação o critério da designação arbitrária ou discricionária.

No caso de falta de regulamentação prévia específica de convocação de juízes de instância inferior para atuar em órgão jurisdicional superior, o único critério razoavelmente aceitável é a observância da regra de antiguidade, o que significa dizer que também nesse caso as designações arbitrárias ou discricionárias ferem o princípio do juiz natural.

8. Sobre o denominado “esforço concentrado” em face do princípio do juiz natural

Um dos mais graves problemas dos nossos dias no que diz respeito ao serviço jurisdicional é o excesso de processos pendentes em alguns órgãos jurisdicionais, enquanto outros órgãos jurisdicionais têm processos pendentes em pequena quantidade. Os encarregados da administração do serviço jurisdicional buscam solucionar esse problema por meio de **esforço concentrado**, que consiste no fato de designação de juízes com menor carga de trabalho para processar e julgar causas que estão atribuídas a juízes com carga excessiva de trabalho, e assim com prestação jurisdicional demorada além do razoável. Ocorre que, não raro, na apressada tentativa da solução desse problema, as designações de juízes e – o que é bem mais grave – a atribuição de processos aos juízes designados não seguem qualquer critério normativo geral, objetivo e prévio. A ser assim, violado estará, sem qualquer sombra de dúvida, o princípio do juiz natural.

Não se pode negar que a solução do denominado **esforço concentrado** pode ser uma aceitável política como mecanismo no objetivo de minorar, embora episodicamente, a demora da prestação jurisdicional, buscando, assim, aplicar outro princípio constitucional (o princípio do processo em tempo razoável), desde que não se ignore o princípio do juiz natural. Essa ponderação pode ser obtida mediante a previsão de normas gerais prévias que estabeleçam critérios objetivos com relação aos atos de designação, e uma vez assim ocorrendo tais designações, impõe-se a redistribuição dos processos entre todos os juízes designados no órgão necessitado de concentração de esforços.

9. Sobre a distribuição de processos em face do princípio do juiz natural

Tendo em vista que em muitos casos há necessidade de se instituir mais de um órgão jurisdicional num mesmo lugar, com igual competência material, o princípio do juiz natural se define pela distribuição (sorteio) da petição inicial ou, sendo o caso, do processo. Deste modo, temos como certo que a distribuição da petição inicial ou do processo, muitas vezes negligenciada, não tem apenas a finalidade de dividir equitativamente o trabalho entre os juízes do mesmo lugar, com igual competência, mas também, principalmente, a relevante função de fazer observar o princípio do juiz natural.¹⁴⁶

A norma que impõe distribuição por dependência nos casos de conexão ou continência é mecanismo que visa a atender ao princípio do juiz natural, na medida em que a competência fora antes firmada com a distribuição alusiva à causa anterior conexa, impondo-se tal solução por razões lógicas (evitar julgamentos contraditórios) ou de economia processual ou por conveniência legal.¹⁴⁷ Para alcançar esses objetivos a conexão entre causas pode e deve, aliás, determinar a modificação de competência de um dos juízes, o que se dará pelo critério legal de prevenção. No entanto, não se deve perder de vista que isso só ocorre, assim como a distribuição por dependência, se o juiz tiver competência a nível absoluto para ambos os processos; não sendo o caso, a conexão entre causas não determina a distribuição por dependência nem a reunião de processos, mantendo cada juiz a sua competência, devendo, no entanto, ficar suspenso o processo da causa prejudicada em relação ao da causa prejudicial.¹⁴⁸

¹⁴⁶. No direito brasileiro, o princípio da distribuição está consagrado explicitamente no art. 251 do CPC. A relevância de tal princípio está claramente percebida no art. 256 do mesmo Código, que garante à parte ou a seu procurador o direito de fiscalizar o ato de distribuição.

Também é perfeitamente salutar a norma que impõe distribuição por dependência para evitar escolha indireta de juiz pela parte autora, quando esta desiste da ação após já ter conhecimento do órgão jurisdicional a quem a peça inicial de postulação fora distribuída e propõe nova demanda posteriormente, ainda que com alterações parciais nos aspectos subjetivos e objetivos da causa.¹⁴⁹

Afirmam alguns autores que vulnera o princípio do juiz natural o ato de terceiro que aproveitando processo pendente já distribuído onde tem mais de um juízo igualmente competente pretende ingressar como litisconsorte ativo facultativo ulterior para defender direito próprio e independente, embora conexo com a causa originária, que permitiria o litisconsórcio facultativo originário. Sustenta-se que a parte que assim agir, porque já sabia para quem fora distribuída a petição inicial da demanda originária, escolheu o órgão jurisdicional que vai julgar a sua causa, de modo que tal postulação deve ser indeferida pelo juiz no sentido de ter o ato como nova demanda e encaminhá-la à distribuição regular.¹⁵⁰ Não vemos, no caso, violação ao princípio do juiz natural, na medida em que a regra de conexão autoriza o endereçamento da petição ao órgão jurisdicional antes estabelecido por distribuição ou mesmo a reunião dos processos conexos caso inexista tal requerimento do pretense litisconsorte ulterior. Como o caso é de conexão imprópria, o juiz pode recusar o litisconsórcio ulterior por outros fundamentos (no caso não se verificará nenhuma vantagem econômica ou tal litisconsórcio retardará demasiadamente o processo).

147. No direito brasileiro, conferir CPC, arts. 105, 108, 109, 253 e 800.

148. Cf. CPC brasileiro, art. 265, IV, *a* e *c*.

149. No direito brasileiro, conferir CPC, art. 253, II.

No objetivo de conciliar o princípio do juiz natural com o princípio da efetividade, pensamos que o legislador pode e deve prescrever exceções no sentido de dispensar distribuição imediata em casos urgentes, impondo-se, no entanto, distribuição *a posteriori*.¹⁵¹

A inobservância da distribuição, por violar o princípio constitucional do juiz natural, deveria gerar meros fatos, ou seja, atos juridicamente inexistentes. No entanto, há que se ponderar tal princípio com o princípio do processo em tempo razoável e até mesmo com o princípio da segurança jurídica, mesmo porque não se pode comparar essa hipótese com a hipótese de falta de jurisdição. Assim, se só muito tempo depois se alega tal violação, não se pode falar em inexistência jurídica, mas sim em nulidade. Deste modo, entendemos que os atos decisórios praticados em processo em que faltou distribuição devem ser anulados, porque, no mínimo, há que se considerar a hipótese como de incompetência absoluta. Pensamos que a falta de distribuição, diferentemente do que pode aparentar, gera um problema de incompetência de tanta ou maior gravidade do que a falta de competência material. Não se perca de vista que a falta de distribuição, quando esta deveria ocorrer, significa que o juiz a quem se dirigiu o processo ou a petição está a receber designação de alguma autoridade, não importando se do próprio Poder Judiciário, ou está sendo designado pela própria parte autora, o que é bem mais grave, de maneira que forçoso é convir que devem ser considerados como inválidos os atos processuais decisórios que daí surjam.¹⁵²

150. Assim, NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 347.

151. No direito brasileiro, há exemplo em tal sentido no caso de ação de alimentos, dispensando-se a prévia distribuição, mas impondo-se a distribuição posterior (art. 1º e parágrafo 1º, da Lei nº 5.478/1968).

10. Sobre a avocação e a suspensão de processos em face do princípio do juiz natural

Desrespeita o princípio do juiz natural o ato que autorizar ou determinar a avocação ou suspensão de processos em tramitação perante o juiz competente, porque esses atos importam em retirar ou paralisar a atuação do juiz legalmente preconstituído fora dos casos que se compatibilizem com as normas constitucionais pertinentes. Trata-se, como se vê, de grave situação de suspeita e, consequentemente, de desconfiança. De outro lado, no caso de avocação há uma dupla violação ao princípio do juiz natural, na

medida em que há afastamento arbitrário do juiz competente e atribuição arbitrária a quem não tem competência. Evidentemente que a avocação de processo por órgão jurisdicional superior para preservar sua competência que estava sendo usurpada por órgão jurisdicional inferior atende à constituição, na medida em que o juiz inferior não era o juiz natural.¹⁵³

152. O CPC brasileiro não expressa as consequências ante o reconhecimento da falta de distribuição de processos. No entanto, como tal inobservância gera incompetência do juiz, considerando que tal Código só permite modificação de competência por vontade das partes em função do valor e do território, inclusive pela omissão do réu em não alegar a incompetência relativa por meio de exceção no prazo de contestação (arts. 111 e 114), bem assim tudo o mais quanto o exposto no texto principal, pensamos que indiretamente as consequências deverão ser as mesmas determinadas para os casos de incompetência absoluta. Por outras palavras, a anulação pode e deve ser decretada *ex officio*, a incompetência pode ser alegada por qualquer das partes, em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 113), os atos decisórios haverão de ser anulados com remessa dos autos para a distribuição – aqui reconhecemos que, excluída a hipótese de afastamento do juiz do processo por se reconhecer que o mesmo agiu de má-fé ao aceitar processo sem prévia distribuição, se houve distribuição para o mesmo juiz que antes atuava no processo todos os atos processuais deverão ser aproveitados – e se a sentença passou em julgado, cabe ação rescisória no prazo decadencial de dois anos (arts. 485, II). No caso da ação rescisória entendemos, como nos casos normais de incompetência absoluta do juiz ou impedimento do juiz, que o tribunal deve rescindir a sentença e proceder ao rejuízo da causa.

A suspensão de processos nos casos de relação de prejudicialidade ou outras situações razoáveis previstas em lei também atende à constituição, porque seu objetivo é, no primeiro caso, evitar decisões contraditórias, preservando a competência dos órgãos jurisdicionais envolvidos nos dois processos, e, no segundo caso, por alguma impossibilidade lógica ou prática que impede o prosseguimento do processo.¹⁵⁴

11. Sobre a exclusão de juiz do processo e o desaforamento de causas em face do princípio do juiz natural

A exclusão do processo de juiz que não julga a causa no prazo legal sem justificativa, não fere o princípio do juiz natural, porque tal situação se compatibiliza com o princípio do processo em tempo razoável. Deste modo, é lícito ao Estado tomar determinadas providências no sentido de fazer respeitar este último princípio, desde que atenda ao devido processo legal para apurar a falta funcional do juiz e excluí-lo do processo, não se justificando tal medida se o caso é de falta estrutural do próprio sistema estatal de prestação do serviço jurisdicional. De outro lado, se correta a decisão de afastamento do juiz do processo, é necessário que tal processo seja atribuído ao substituto legal do juiz afastado, nos termos acima expostos.¹⁵⁵

153. No direito brasileiro, existe o instituto da reclamação constitucional ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça “para preservação de sua competência e resguardar a autoridade de suas decisões” (CF, arts. 102, I, I e 105, I, f).

154. Cf. as causas de suspensão do processo no CPC brasileiro (art. 265).

Também não transgredir o princípio do juiz natural o desaforamento de causas por motivos de segurança pública ou forte clamor popular.¹⁵⁶ Aqui o princípio do juiz natural terá que ser conciliado não tanto com o princípio da segurança, mas sim com os princípios da ampla defesa, da independência e da imparcialidade do juiz. É que ao Estado cabe garantir segurança a todos, e em particular àquele que está sob sua custódia e ao agente estatal encarregado do julgamento. Esse clamor popular, no entanto, pode ser tão intenso que há forte possibilidade de comprometer um julgamento independente, imparcial e, assim, justo, sobretudo se estamos a tratar de júri popular. Assim, o desaforamento de processos deve ser visto com muito cuidado e tratado com muita excepcionalidade, devendo a decisão em tal sentido se sustentar em sólidos fundamentos fáticos e jurídicos e o processo ser encaminhado ao órgão jurisdicional substituto nos termos da lei prévia.

155. No direito brasileiro, o CPC é expresso no sentido de prever a exclusão de juiz do processo em caso de demora na prestação jurisdicional sem motivo justificável. Assim: “Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa” (art. 198). “A disposição do artigo anterior aplicar-se-á aos tribunais superiores na forma que dispuser o seu regimento interno” (art. 199).

156. Cf. no direito brasileiro, o art. 424, do Código de Processo Penal, que deve ser interpretado com muita cautela, tendo em vista os muitos conceitos vagos ali contidos, sobretudo no que toca ao parágrafo único, que dispõe sobre desaforamento por excesso de prazo, que só pode ocorrer, no nosso modo de entender, por motivo imputado ao próprio juiz.

12. Sobre os atos de supressão ou de modificação de competência de órgão judiciário em face do princípio do juiz natural

Os atos de supressão ou de modificação de competência de órgãos judiciários, desde que por lei, não violam o princípio do juiz natural.¹⁵⁷ Existe aqui uma proporcionalidade entre o princípio do juiz natural e o princípio do processo em tempo razoável, na medida em que é uma constante a necessidade de ajustes na organização judiciária como mecanismo de se alcançar maior rapidez nos julgamentos. No entanto, não se pode afastar a possibilidade de que por trás da aparente legalidade do ato exista o atroz objetivo indireto de afastar determinados juízes de certos processos, caso em que ocorrerá violação ao princípio do juiz natural. De outro lado, a alteração de órgão judiciário por lei que institua justiça especial, ainda que se trate de norma constitucional, não pode incidir sobre processos pendentes, porque o caso não é simplesmente de alteração de competência, mas sim de alteração de jurisdição.

13. Sobre a cláusula contratual de competência de foro em face do princípio do juiz natural

Não viola o princípio do juiz natural a lei que autoriza a inserção de cláusula contratual que prevê competência de foro em caso de surgimento de necessidade de solucionar litígios entre as partes contratantes relacionados com o próprio contrato (foro de eleição ou foro do contrato), ainda que no foro eleito exista um só órgão jurisdicional.¹⁵⁸ No entanto, a lei não pode autorizar, por violar o princípio do juiz natural, a eleição de determinado juízo se no lugar eleito existir mais de um juízo com igual competência. Válida será a cláusula contratual na parte em que escolheu o foro (definição contratual da competência territorial), não podendo ser aplicada na parte em que escolheu o juízo, dentre vários existentes no lugar, impondo-se, no caso de eventual demanda, a distribuição da peça inicial de postulação na linha do exposto acima.

157. O art. 87, do CPC brasileiro, dispõe sobre o assunto nos seguintes termos: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações no estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”.

158. No direito brasileiro, conferir CPC, art. 111 e parágrafos.

14. Sobre a atribuição de poder jurisdicional a particulares fora dos casos previstos na constituição em face do princípio do juiz natural

Viola claramente o princípio do juiz natural, sem prejuízo do desrespeito a outros princípios constitucionais, a lei que confere poder jurisdicional, ainda que limitada a matéria de prática de atos executivos, a quem não tem nem pode ter atribuição jurisdicional constitucional.

Com efeito, fere abertamente o princípio do juiz natural a lei que concede poderes unilaterais a uma das partes para processar e julgar determinada causa ou instituir órgão com tal função, ainda que limitadamente à prática de atos executivos.¹⁵⁹

159. Assim, no direito brasileiro são manifestamente inconstitucionais o Dec-lei nº 70, de 21.11.1966 e a Lei n. 5.741, de 01.12.1971, que concedem a banco credor nas relações jurídicas de financiamento para aquisição de moradia própria pelo Sistema Financeiro da Habitação o direito de instituir agente fiduciário com o poder de sumariamente processar a execução do crédito hipotecário com a consequente determinação de imissão do credor na posse do imóvel. Veja-se que esse poder de, na prática, conferir jurisdição executiva ao próprio credor não é atribuído nem mesmo ao próprio poder público, ainda que se trate de crédito tributário, o qual, como se sabe, se destina a atender necessidades coletivas. É lastimável que o Supremo Tribunal Federal tenha afirmado, e continue afirmando constitucional, tão gritante afronta à Constituição, dando guarida a um sistema com origem nos tempos da ditadura militar, com o evidente objetivo de privilegiar os banqueiros. O mais grave é que do outro lado da relação jurídica está sabidamente a parte mais fraca (o consumidor), que era quem deveria merecer tratamento diferenciado em seu favor, ainda mais porque no caso a relação jurídica envolve relevantíssimo problema jurídico e social, que é o direito de

15. Violação ao princípio do juiz natural e suspeita de parcialidade

Vê-se, assim, que a não aplicação do princípio do juiz natural carrega o juiz de forte suspeita de dependência e de parcialidade. Não se pode dizer de antemão que o juiz que está a atuar em processo no qual não se observou o princípio do juiz natural seja dependente e parcial, mas há evidentemente forte tendência a isso. Daí a cautela com que se procura atender a tal princípio a partir de uma garantia constitucional.¹⁶⁰

De todo modo, essa suspeita de parcialidade é muito forte, a ponto de podermos ter como visível a relação do princípio do juiz natural com o princípio do acesso à justiça, e até mesmo com princípios constitucionais maiores, como o princípio do Estado de direito. A observância do princípio do juiz natural não tem o objetivo, como pode aparentar, de criar embaraços à prestação do serviço jurisdicional. Ao contrário, sua finalidade, porque a tanto essencial, é evitar julgamento dependente ou parcial. Esse objetivo é extremamente necessário nos sistemas jurídicos democráticos, porque garantia fundamental do cidadão a obter uma decisão judicial justa. É também essencial para que a população tenha confiança nas decisões e que as instituições jurisdicionais adquiram credibilidade perante todos os jurisdicionados, os quais só assim poderão obter um efetivo acesso à justiça.

Capítulo VI

morar. In sentido do nosso ponto de vista, em termos, GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia.** In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 29, jan-mar, 1983, pp. 22-23.

160. Como percebido por Ignacio Diez-Picazo Giménez, esta garantia “ *no es más que un límite jurídico para evitar un riesgo (juez ad hoc) que levanta una sospecha (parcialidad), pero no es una panacea, es decir, que resulta perfectamente concebible que, respetándose la predeterminación legal, el juez resultante no sea ni independiente ni imparcial, o lo contrario, que, aun vulnerando la regla de la predeterminación legal, el juez ad hoc sea totalmente independiente y totalmente imparcial. El principio del juez legal no es sino el resultado de una experiencia secular que ha llevado a los hombres a sospechar de la imparcialidad del juez designado ad casum, pero de ahí no se puede deducir que todo juez parcial o dependiente viola el derecho fundamental del artículo 24.2 CE*”. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. **El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.** In Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, nº 31, jan-abr, 1991, p. 92.

Acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 3. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e os pressupostos processuais. 4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as denominadas condições da ação. 5. Função jurisdicional no contexto da doutrina da separação de poderes, em confronto com as demais funções do Estado. 5.1. A doutrina da separação de poderes. 5.2. Órgão e função: o problema da função típica de um poder ser exercida por outro poder. 5.2.1. Órgão e função: o problema especial da função legislativa exercida por órgão não judicial nos sistemas jurídicos que instituem jurisprudência vinculante. 5.3. Órgão e função: o problema da função jurisdicional exercida por órgão não judicial. 5.3.1. Introdução. 5.3.2. Características da função jurisdicional. 5.3.3. O controle abstrato de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. 5.3.3.1. Controle (abstrato e difuso) de convencionalidade das leis e atos normativos. 5.3.4. Função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo. 5.3.5. O controle das contas dos agentes políticos e demais gestores das verbas públicas. 5.3.6. O contencioso administrativo. 5.4. Sobre a condição do controle jurisdicional após o esgotamento de outras vias (jurisdição condicionada). 5.4.1. O problema dos litígios desportivos no plano interno como exemplo de jurisdição condicionada. 5.5. Sobre a afastabilidade do controle jurisdicional estatal. 5.5.1. Introdução. 5.5.2. Solução arbitral por ato bilateral. 5.5.3. O problema da arbitragem necessária. 5.6. Sobre a afastabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional em face de determinados atos ou relações. 5.6.1. Introdução. 5.6.2. Os atos políticos. 5.6.3. Os direitos sociais, econômicos e culturais. 5.6.4. O mérito do ato administrativo. 5.6.5. Os atos *interna corporis*. 5.6.6. Relações sem qualificação jurídica. Retorno às denominadas condições da ação e aos pressupostos processuais: a impossibilidade jurídica do pedido em situação de evidência como pressuposto processual.

1. Introdução

Existe relação direta entre o direito de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Essa relação é tão íntima que análise pouco aprofundada desses dois conceitos poderia confundi-los. Vejamos.

2. Conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado de princípio do direito de ação ou do direito à jurisdição, significa que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário nem mesmo por lei.¹⁶¹

Deste modo, como visto, é direta a relação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional com o princípio do acesso à justiça. Essa relação é tão evidente que as ideias de direito de ação ou de direito à jurisdição já envolvem, em si mesmas a ideia de acesso à justiça. Assim, seria inimaginável pensar em acesso à justiça sem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que se fosse dada a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional estar-se-ia claramente a negar acesso à justiça. No entanto, é necessário repetir que essa identidade se verifica apenas em parte. Vale dizer, a inafastabilidade do controle jurisdicional se limita a garantir o direito de ação, enquanto o acesso à justiça é conceito bem mais amplo, porquanto tem em consideração também o direito a decisão mediante o processo devido em direito, que, de sua vez, envolve o direito a uma decisão em tempo razoável, fundamentada, eficaz, e equitativa.

161. A Constituição brasileira consagra tal princípio nos seguintes termos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Como visto no texto principal, apesar de o dispositivo constitucional em apreço se referir ao legislador, deve significar que se refere a todo e qualquer agente estatal, inclusive do próprio Poder Judiciário. Assim, é inconstitucional o ato de qualquer agente estatal que visar impedir a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.

Não há dúvida que, conforme visto acima, e se verá mais adiante com maior profundidade, a jurisdição nem sempre é entregue totalmente ao Poder Judiciário. Esse fator certamente que torna o tema em apreço muito mais complexo.

3. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e os pressupostos processuais

O legislador prescreve uma série de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido da relação processual. Esses pressupostos são de ordem subjetiva e objetiva, isto é, se referem, respectivamente, aos sujeitos da relação processual (juiz e partes) e à postulação. O tema está relacionado com o problema da existência e da validade da relação processual. Sem determinados pressupostos processuais o processo não chega a existir (pressupostos de constituição). Alguns pressupostos processuais de desenvolvimento, se não estiverem presentes, determinam a extinção do processo sem apreciação do mérito, a exemplo da inaptidão da petição inicial; a falta de outros pressupostos processuais de desenvolvimento permite a devida correção, evitando, assim, a decretação de nulidades processuais, a exemplo da incompetência do órgão jurisdicional.

O processo é também relação jurídica, de modo que, por isso mesmo, não pode se desenvolver de forma anárquica. É, pois, indispensável que a conduta dos sujeitos da relação processual seja regulamentada pela lei. Desse modo, os dispositivos legais que prevêm os pressupostos processuais no sentido de determinar a extinção do processo sem apreciação do mérito, porque impossível qualquer sanção, ou porque, se possível, a preclusão impediu tal solução, não podem ser considerados inconstitucionais. No entanto, necessário se faz examinar se determinados pressupostos processuais previstos em lei dificultam ou tornam impossível na prática o direito à jurisdição sem razoabilidade, caso em que deverão ser tidos como inconstitucionais.¹⁶²

4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as denominadas condições da ação

Determinada doutrina, capitaneada por Enrico Tullio Liebman,¹⁶³ tem dado destaque às denominadas

condições da ação, de maneira que, segundo tal teoria, a falta de uma destas condições num determinado processo significa que não há ação, ocorrendo o fenômeno que denomina de carência de ação.

São as seguintes as denominadas condições da ação: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade das partes significa que só pode existir ação se aquele que se afirma titular do direito age contra aquele que causou a lesão ou ameaça de lesão ao direito, a não ser que o legislador autorize o contrário.

Haverá interesse de agir se houver necessidade e utilidade em provocar a jurisdição.

162. Penso que se revela inconstitucional, por exemplo, o art. 835, do Código de Processo Civil brasileiro, ao dispor que “o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”. Em primeiro lugar, o dispositivo discrimina residente e não residente no Brasil de maneira injustificável, até porque nada garante que os aqui residentes tenham bens imóveis no Brasil. Em segundo lugar, ter bens no estrangeiro não impede execução de eventual crédito do demandado. Ademais, ter bens ou não ter bens imóveis (aliás, não faz sentido a referência apenas a imóveis), residir ou não o demandante no Brasil, não pode ser condição de acesso à justiça.

163. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I, pp. 148-161.

A possibilidade jurídica do pedido significa que a postulação formulada pelo demandante esteja prevista ou não vedada pelo ordenamento jurídico.

Na realidade, as expressões **condições da ação** e **carência de ações** são impróprias, de modo que o tema, tal como colocado, é um falso dilema. O que se chama de **condições da ação** em verdade não existe porque é um problema de mérito. É que o processo envolve duas relações jurídicas: uma de direito processual, na qual estão envolvidos os sujeitos do processo (partes e juiz), e outra de mérito, que normalmente é uma relação de direito material, que preexiste ao processo, é independente do processo, mas em determinado caso concreto veio para dentro do processo como conteúdo deste. Não há essa terceira categoria, que essa doutrina denomina de **condições da ação**. Consequência disso é que se faltar algum pressuposto processual num caso concreto, de modo a que não há como o processo prosseguir, este deverá, por tal motivo, ser extinto sem resolução do mérito. Se os pressupostos processuais estão presentes, necessariamente o mérito será sempre resolvido, dando o juiz razão ao autor ou ao réu, ou parcialmente a ambos em caso de procedência parcial do pedido. Não há espaço para a terceira hipótese de extinção do processo por falta de condição da ação com uma consequência prática diferente das hipóteses de extinção do processo com resolução do mérito e extinção do processo por falta de algum pressuposto processual (sem resolução do mérito).¹⁶⁴

164. Essa lógica é inevitável, sem exceções. O CPC brasileiro, que seguiu, nesse ponto, a teoria de Liebman integralmente, não teve como evitá-la. O referido Código prescreveu as situações pelas quais o processo é extinto com resolução do mérito (art. 269) e sem resolução do mérito (art. 267), incluindo dentre estas a falta de uma das condições da ação, que leva à carência de ação e a extinção do processo sem resolução do mérito por esse motivo (art. 267, VI), mas não prescreveu, porque não há logicamente como fazê-lo, que o processo é extinto por carência de ação como uma terceira categoria diversa de pressuposto processual e de mérito. Assim, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o problema das condições da ação não é de mérito, mas sim de pressuposto processual, porque a falta de uma das condições da ação tem a mesma consequência da falta de um dos pressupostos processuais. Deste modo, tendo em vista

Essas situações todas envolvem questões de mérito. Em muitos casos não se pode negar essa conclusão. Por isso a **doutrina das condições da ação** só admite que a falta de uma dessas ditas condições estará caracterizada se o juiz puder perceber tal falta de imediato pelo próprio teor da petição inicial. Ora, isso não muda a natureza das coisas. Na realidade, se o juiz extinguiu o processo por falta de legitimidade das partes, de interesse de agir ou de possibilidade jurídica do pedido (as chamadas condições da ação) apreciou o mérito da causa, não importando se liminarmente (rejeição do pedido *prima facie*) ou após a citação do réu com eventual contestação ou instrução.

Assim, por exemplo, na hipótese da legitimidade das partes, sabe-se que a mesma nada mais é do que a

pertinência subjetiva da lide, salvo se a lei autorizar alguém a pleitear direito alheio em nome próprio (legitimação anômala ou extraordinária). Por outras palavras, a legitimidade das partes significa que normalmente as partes da relação jurídica processual devem ser as mesmas da relação jurídica material, salvo se a lei autorizar o contrário.¹⁶⁵

Deste modo, não sendo o caso de legitimação extraordinária, se alguém postular direito alheio em nome próprio o caso é de inexistência de relação jurídica material entre as partes, e o juiz que decidir com tal fundamento estará rejeitando o pedido (decidindo sobre o mérito), não importando se tal julgamento ocorreu de imediato ou após a citação do réu. Assim, por exemplo, se **A** afirma credor de **B**, quando na verdade o credor é **C**, mas o teor da petição inicial não permite ao juiz verificar que o autor não expressou a verdade, terá o magistrado que mandar citar o réu; se este provar que seu credor é **C**, o juiz deve rejeitar o pedido (sentença declaratória de inexistência de relação jurídica entre as partes). O caso é de ilegitimidade de parte ativa, e a sentença inequivocamente é de mérito. Ninguém dirá o contrário, nem mesmo os adeptos da teoria das condições da ação. A relação jurídica entre **A** e **C** é outro problema, que pode ou não ser objeto de outro processo. Tome-se o mesmo caso com a diferença de que a petição inicial indica que o autor pediu direito de terceiro; como o ordenamento jurídico não autoriza ao demandante (**A**) pleitear direito de terceiro (**C**), segundo a teoria das condições da ação o juiz deve extinguir o processo sem exame do mérito porque faltou legitimidade ativa (condição da ação). Mais: tal corrente sustenta que no caso não há exercício do direito de ação, o que significa dizer que o juiz também não estará a exercer jurisdição, conclusão que contraria todas as evidências. Em verdade, o juiz deve proferir, de plano, sentença com o mesmo conteúdo do caso anterior, porque o problema jurídico posto no plano material tem o mesmo conteúdo, ou seja, em ambos os casos ficou caracterizado que o demandante postulou frente ao réu direito de terceiro, quando o caso não comportava legitimação extraordinária. O que é diferente nos dois casos é a irrelevante circunstância de que no primeiro o autor não expressou a verdade dos fatos na petição inicial, o que só permitiu ao juiz proferir a sentença declaratória de inexistência de relação jurídica (sentença de mérito pela improcedência do pedido) após a defesa do réu e em vista das provas apresentadas por este; no segundo caso o próprio autor revelou a verdade dos fatos logo na petição inicial, de maneira que o juiz teve como proferir sentença pela improcedência do pedido de imediato.

Tome-se agora um clássico exemplo de falta de interesse de agir, que é a cobrança de dívida não vencida. Imagine-se um caso em que **A** é credor de **B** e ajuizou ação alegando tal débito e o inadimplemento do devedor, quando na verdade o vencimento da dívida só ocorrerá 5 (cinco) anos após a data do ajuizamento da petição inicial, fato que o juiz desconhece porque não revelado na petição inicial. Sendo assim, terá o magistrado que mandar citar o réu. Citado, o réu apresenta contestação alegando e provando que não houve inadimplemento porque o vencimento da dívida só ocorrerá 5 (cinco) anos depois. Como o direito material não autoriza o credor a cobrar o devedor antes do vencimento do débito – o caso concreto não envolve tal autorização excepcional –, o juiz deverá proferir sentença rejeitando o pedido. Tal julgamento definitivo faz coisa julgada material, ou seja, enquanto não ocorrer o vencimento do débito e o inadimplemento do devedor, o autor não poderá propor ação de cobrança desse mesmo débito contra o réu. Veja-se que se **B** realizar o pagamento até a data do vencimento, não haverá mais débito; se **B** não efetivar o pagamento no vencimento e **A** ajuizar ação de cobrança, não há que falar em coisa julgada, mas isso porque essa segunda demanda é parcialmente diferente da primeira no que se refere à dívida em si mesma.

que a extinção do processo sem resolução do mérito autoriza o autor a repetir a mesma demanda, porque processo assim extinto não resulta em coisa julgada, tal autorização é dada pelo legislador brasileiro tanto nos casos de extinção do processo por falta de algum pressuposto processual como nos casos de extinção do processo por falta de uma das condições da ação. Conforme se vê no texto principal, tal solução legislativa não corresponde à realidade prática, havendo uma certa contradição no sistema ante a circunstância de que no próprio Código de Processo Civil brasileiro nas hipóteses de extinção do processo por preempção, litispendência e coisa julgada, todas sem resolução do mérito, não se permite a repetição da demanda (cf. art. 267, V, c/c art. 268).

165. Assim, por exemplo, no direito brasileiro, o art. 6º, do CPC que dispõe: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Imagine-se um caso idêntico, mas com a diferença de que a própria petição inicial revela que o vencimento da dívida só ocorrerá 5 (cinco) anos depois. Mudou apenas a circunstância de que no primeiro caso a conduta do autor em faltar com a verdade exigiu citação do réu e colheita de prova, enquanto no segundo caso a verdade revelada pelo autor logo na petição inicial permitiu ao juiz expressar a mesma solução de rejeitar o pedido liminarmente. Não tem cabimento dizer que no primeiro caso há interesse de agir, para concluir que a sentença é de mérito, e que no segundo não há tal interesse para concluir que a sentença não é de mérito. Em ambos os casos ficou demonstrado, não importa se *a posteriori* ou liminarmente, que o autor propôs ação cobrando dívida ainda não vencida e em ambos os casos haverá coisa julgada material, de maneira que o autor só poderá propor outra ação quando ocorrer o vencimento e se ocorrer o inadimplemento.

Esse segundo exemplo revela que a denominada falta de interesse de agir se confunde, no fundo, com a chamada impossibilidade jurídica do pedido. Veja-se que, como ficou claro acima, do ponto de vista material, o ordenamento jurídico não autoriza a cobrança de dívida antes do vencimento. Logo, se alguém propõe ação cobrando dívida ainda não vencida, o caso, em verdade, é de impossibilidade jurídica do pedido.¹⁶⁶

Como alguns autores e ordenamentos jurídicos insistem em afirmar que a impossibilidade jurídica do pedido é uma terceira condição da ação, vejamos agora um clássico exemplo sobre o assunto: cobrança de dívida já paga. Imagine-se um caso em que **A** propôs ação de cobrança contra **B** alegando não pagamento no vencimento, quando na verdade a dívida já estava paga. O juiz terá que mandar citar o réu, porque não tem como saber se o autor expressou ou não a verdade. Citado, o réu apresenta contestação e prova que quando a ação fora proposta a dívida já tinha sido paga. Nessa hipótese o juiz proferirá sentença declarando a inexistência da relação jurídica alegada na petição inicial e, assim, rejeitará o pedido. Ora, ficou revelado no processo que o autor cobrou dívida já paga, de maneira que isso significa que o pedido do autor é juridicamente impossível, não importando se tal circunstância só pôde ser apurada com a contestação e provas apresentadas pelo réu. Ninguém dirá que, no caso, a sentença não é de mérito e que, não alterada por via de julgamento de recurso, não há coisa julgada. Imagine-se caso idêntico com a diferença de que na petição inicial o demandante revela, inclusive com documento que anexou à petição inicial, que tal dívida já estava integralmente paga. Ora, também aqui nada mudou, a não ser a circunstância de que a sentença declaratória de inexistência da relação jurídica entre as partes com consequente rejeição do pedido fora prolatada liminarmente. Mas para a teoria das condições da ação e os ordenamentos jurídicos que seguem tal corrente não houve direito de ação e a sentença, no caso, não é de mérito.

166. Esse dado fora percebido por Liebman que após afirmar que são três as condições da ação (legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir) escreveu posteriormente que elas se reduzem a duas, eliminando o interesse de agir por se subsumir na possibilidade jurídica do pedido. O CPC brasileiro seguiu Liebman até em suas dúvidas e perplexidades: num dispositivo segue Liebman enquanto defensor das três condições da ação (art. 267, VI), enquanto noutro dispositivo segue Liebman enquanto propagador das duas condições da ação (art. 3º).

Como se vê, as chamadas condições da ação envolvem questão de mérito (normalmente de direito material),¹⁶⁷ ou seja, análise da causa de pedir e do pedido, e não questão referente à relação jurídica processual.

Trata-se de questão preliminar de mérito à semelhança da prescrição ou da decadência. Mas preliminar de mérito não é questão processual nem categoria própria. Vale repetir que não é uma variação de circunstância temporal (o juiz ter proferido sentença de imediato ou após a citação do réu) que vai alterar a natureza das coisas. Veja-se que nos casos em que o juiz poderia ter proferido sentença de plano, mas, por mero descuido, mandou citar o réu, o qual ao contestar, na prática, só lembrou ao juiz que a demanda

não se sustentava ante a situação de prescrição ou de decadência, as soluções não se alteram. No entanto, a teoria de Liebman dá resposta em sentido contrário a essa evidência.¹⁶⁸

A teoria de Liebman fica mais distante ainda da realidade prática nos casos que ensejam discussão limitada à matéria de direito, em que o juiz está convencido de que a tese jurídica desenvolvida pelo autor não procede. Por coerência, o juiz deve rejeitar o pedido liminarmente. Esses casos não se qualificam como preliminares de mérito. Tome-se o exemplo de demanda em que o autor pede que seja determinado ao Estado fazer reparos numa estrada que se encontra com muitos buracos, fato que está a causar constantes acidentes. A doutrina continua dividida em torno dessas questões, de modo que uns acham que o pedido é juridicamente possível, enquanto outros respondem negativamente por entenderem que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no âmbito da atividade administrativa. Se o juiz está de acordo com a corrente doutrinária que responde negativamente não tem porque perder tempo com a citação do réu, de modo que deve de logo decidir a causa declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes, rejeitando, assim, o pedido do autor (sentença liminar de mérito). Não havendo interposição de recurso tal sentença passa em julgado. Segundo a teoria de Liebman, seguida por alguns ordenamentos, o caso é de sentença processual que proclama a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Isso significa dizer que o autor pode não interpor recurso contra tal sentença e propor outra demanda com o mesmo teor e o juiz julgar novamente a causa, obviamente que inclusive em linha oposta, sem estar a ofender a coisa julgada.

167. Afirmamos que a questão de mérito da causa normalmente é de direito material porque em muitos casos a questão de mérito (causa de pedir e pedido) pode ser de direito processual. É o caso, por exemplo, de ação rescisória em que o autor pede a desconstituição de sentença passada em julgada ao fundamento de que o juiz que a proferiu era absolutamente incompetente.

168. O CPC brasileiro incide nesse equívoco ao tratar da extinção do processo nos casos de prescrição e decadência – também preliminares de mérito – de maneira diferenciada em função da circunstância de o juiz se pronunciar sobre tais temas de plano ou após a citação do réu, para expressar que na primeira hipótese o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 267, I c/c art. 295), enquanto na segunda hipótese o processo será extinto com resolução do mérito (art. 269, IV). Ora, prescrição e decadência são, sem sombra de dúvida, questões de direito material, o que significa dizer questões de mérito da causa, de modo que, na prática, o demandante não mais tinha o direito material postulado. Isso poderia e deveria ser verificado e decidido pelo juiz de plano. É certo que em alguns ordenamentos só decadência e prescrição de direitos não patrimoniais podem ser pronunciadas de plano pelo juiz, ficando a manifestação da prescrição de direitos patrimoniais a depender de alegação do réu, como era o caso do direito brasileiro, alterado recentemente nesta parte para autorizar o juiz a decretar de imediato também a prescrição de direito patrimonial (cf. CPC, parágrafo 5º do art. 219, com redação revogada e com a redação atual dada pela Lei nº 11.280/2006). Seja como for, nos casos em que o juiz pode e deve manifestar de plano decadência ou prescrição, não é o fato de não ter ele percebido que tais situações já estavam presentes e mandado citar o réu que vai mudar a essência do problema, para se dizer que no caso da sentença liminar que proclamou prescrição ou decadência o juiz extingue o processo sem resolução do mérito, enquanto no caso de tal proclamação por sentença ter ocorrido após citação do réu o juiz extingue o processo com resolução do mérito.

Imagine-se agora o mesmo caso com a diferença da circunstância de que o juiz mandou citar o réu, o qual apresentou contestação, tendo o juiz acolhido os argumentos deste e rejeitado o pedido. Para a teoria de Liebman e os sistemas jurídicos que seguem tal doutrina, neste caso, a sentença é de mérito e passa em julgado se não existir recurso.

Na realidade, em ambos os casos a sentença é de mérito porque não há nada de diferente entre um caso e outro, a não ser a circunstância temporal de no primeiro o julgamento ter ocorrido de imediato (improcedência *prima facie*), enquanto no segundo a sentença fora proferida após a citação do réu. Sem nenhuma dúvida que essa simples circunstância temporal (a citação do réu e eventual resposta deste) é irrelevante, não se devendo perder de vista que se o réu fosse citado e não tivesse apresentado contestação nada mudaria.

Como visto, não há, em casos como tais, que falar em condições da ação ou carência de ação (inexistência de ação). O direito de ação é livre e o Estado, por meio do juiz, tem que dar uma resposta ao autor, ainda que essa resposta seja pela improcedência do pedido. O processo existe como uma trilogia estrutural. Se o juiz tem que dar uma resposta ao cidadão, isso só pode ser ato de jurisdição e mediante o processo, o que significa dizer que houve ação, na medida em que o processo só existe e a jurisdição só atua se houve o exercício do direito de ação. Aliás, é a ação que desencadeia o processo e

faz com que a jurisdição atue, uma vez que, dado o princípio da inércia, o juiz só pode agir se for provocado (ação). Se nos casos em que não há uma das chamadas condições da ação não houve direito de ação (carência de ação) nem exercício da jurisdição, como quer a doutrina das condições da ação, também não houve processo. Muito ao contrário, em casos como tais não só houve ação, como a atuação do juiz só pode ser qualificada como ato de jurisdição, tudo ocorrendo dentro do processo, além do que esse ato jurisdicional não se refere à relação processual, mas sim ao mérito da causa para rejeitar o pedido.

Há que se ponderar, no entanto, que no direito há lugar para que se possa afirmar consensualmente que determinado tema seja tido como razoável, embora se possa discordar dele de pronto, ou como absurdo ou pitoresco. Caso estejamos diante do absurdo ou do pitoresco não há direito de ação. Mas veja-se que, a ser assim, exige-se coerência, ou seja, em casos como tais se se pode afirmar, com toda a convicção, que estamos diante de um absurdo ou de algo pitoresco, e que, por isso, não há ação, o juiz não está obrigado a dar resposta alguma; se alguma resposta deu, esse ato não é jurisdicional, do mesmo modo que não existe processo.

Deste modo, em casos como tais, falta pressuposto de constituição do processo, que é a ausência de demanda. Onde não há demanda, não há ação. Logo, não pode haver atuação da jurisdição, como também não se pode cogitar de processo. Vejamos alguns exemplos de casos absurdos que não se configuram como ação. Para ficarmos fora do plano da jurisdição voluntária, sabe-se que o Judiciário só pode agir depois de provocado e para o fim de resolver litígios, não podendo, assim, responder a consulta a respeito de casos concretos ou mesmo, em princípio, em tese.¹⁶⁹ Assim, se algum cidadão dirigir petição ao juiz narrando-lhe um caso e ao invés de formular um pedido, formula uma consulta, ou formula algum pedido pitoresco, a exemplo do pedido de condenação do “réu” a entregar uma área em Saturno (ou que obrigue o “réu” a realizar um milagre prometido; ou que obrigue o “réu” a cumprir a promessa de ser torcedor da mesma equipe de futebol para a qual torce o “autor”; ou que exija de quem já faleceu a cumprir determinada prestação), o juiz não está obrigado a proferir sentença porque em tais casos não há demanda, ou seja, não há ação, não podendo, em consequência, haver jurisdição nem haver processo. Se o juiz, por mera cortesia, emite algum pronunciamento declarando que não pode responder a consulta ou acolher tais pedidos, esse ato não pode ser caracterizado como jurisdicional, nem que fora praticado dentro de um processo. Atente-se, pois, mais uma vez, para a trilogia estrutural do processo: havendo ação, há jurisdição e processo; *a contrario sensu*, onde não há ação, não há como se falar em jurisdição, muito menos em processo.

169. Afirmamos, em princípio, porque em alguns ordenamentos jurídicos órgãos jurisdicionais podem ser provocados para responder consultas em tese. É o caso do direito brasileiro em que os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral têm a atribuição de responder a consultas em tese, evidentemente que apenas em matéria eleitoral (Código Eleitoral, arts. 23, XII e 30, VIII).

Assim, se o juiz se manifesta de plano pela improcedência do pedido nos casos razoáveis, há julgamento do mérito, formando-se coisa julgada em caso de não interposição de recurso. Se o juiz se recusa a se manifestar nos casos absurdos ou pitorescos, não há que falar em negação ao direito de acesso à justiça.

5. Função jurisdicional no contexto da doutrina da separação de poderes, em confronto com as demais funções do Estado

5.1. A doutrina da separação de poderes

Atribui-se a Montesquieu o desenvolvimento da teoria da separação de poderes, mas é fato reconhecido que sua doutrina se assentou no pensamento de Locke, o qual, apesar de não desenvolver tal teoria, firmou as bases da mesma ao salientar que o Poder Executivo e o Poder Judiciário dependem estreitamente de quem faz a lei.¹⁷⁰

170. Cf. GETELL, Raymond G. **História de las ideas políticas**. Tradução: Teodoro González García. 2ª ed. Barcelona: Labor, 1950, vol. I, p. 367.

A principal obra de Montesquieu se intitula *Do Espírito das Leis*. Trata-se de um trabalho de filosofia política, cujos pontos principais são a análise da liberdade e o mecanismo político pelo qual esta deve ser assegurada, fundamentalmente a separação de poderes. Em primeiro lugar o referido pensador analisa a liberdade política em consonância com o direito e em total rejeição ao despotismo.¹⁷¹

A preocupação de Montesquieu foi a de procurar estabelecer um sistema governamental que garantisse melhor liberdade política, o que só é possível quando se limitam os poderes governamentais, de maneira que a salvaguarda mais conveniente para se evitar a tirania está na separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tal como, segundo ele imaginava, existente na Inglaterra.¹⁷²

Montesquieu volta a defender a separação de poderes como condição da liberdade política ao se insurgir de maneira contundente contra o despotismo, deixando claro, ao fazer comparação com o que ocorria na Turquia e em algumas repúblicas da Itália, que a concentração dos três Poderes é a forma que o príncipe que pretende ser despótico utiliza.¹⁷³

Na visão clássica, o Estado exerce três tipos de função: a) legislativa, que importa na edição de atos legislativos gerais e abstratos; b) executiva ou administrativa, que diz respeito aos atos de governo (atos políticos e administrativos), de execução das leis; c) jurisdicional, pela qual o Estado remove os conflitos entre os particulares, entre estes e o próprio Estado ou mesmo entre entes estatais.

171. Adverte Montesquieu que “num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que as leis proibem, não teria liberdade, porque os outros também teriam tal poder”. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Sem indicação do tradutor. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200.

172. MONTESQUIEU. **Do espírito...**, cit., pp. 200-202. Atente-se, no entanto, logo a seguir no texto principal, para a observação de Raymond G. Gettell (cf. infra).

Segundo a doutrina da divisão de Poderes, desenvolvida de maneira sistemática por Montesquieu, cada uma dessas funções deve ser exercida por Poderes (órgãos de soberania) diferenciados com o objetivo de o poder controlar o próprio poder. Assim, em regra, a função legislativa deve ser exercida pelo Poder Legislativo, a função executiva ou administrativa pelo Poder Executivo, e a função jurisdicional pelo Poder Judiciário.¹⁷⁴

Deste modo, a motivação ideológica de tal doutrina não se centrou na divisão social do trabalho como mecanismo de melhor desempenho da atividade estatal. Em verdade, conforme visto acima, tal doutrina, na sua origem, teve como preocupação central a redução do poder para melhor garantia da liberdade individual.¹⁷⁵

Teve Montesquieu a sensibilidade de observar que o Poder Executivo deve ser concentrado na pessoa de um só porque suas ações são mais imediatas, ocorrendo o contrário em relação ao Poder Legislativo. De outro lado, observou ele que o corpo legislativo, como meio de garantir a liberdade, não deveria ficar muito tempo sem se reunir, porque haveria uma tendência de concentração de poder no âmbito do Executivo, gerando, em consequência, absolutismo.¹⁷⁶

174. Como anotado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz a ‘separação de poderes’ – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o Bill of Rights de 1688” (*In Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 76).

175. Como salientado por Kazuo Watanabe, “a preocupação que está à base dessa teoria, na concepção clássica, não é a busca da eficiência do Estado no desempenho de suas atribuições e sim o propósito de enfraquecer o poder para melhor salvaguardar a liberdade individual”. WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 8.

Está claro na obra de Montesquieu, a despeito do marco de uma teoria dos três Poderes e da separação entre eles, que tal autor dá ênfase ao Legislativo e ao Executivo, e pouca importância ao Judiciário; e

isso a ponto tal que o Judiciário, curiosamente, chegou a ser tido pelo referido filósofo como um poder nulo, havendo, assim, necessidade de um poder regulador para moderar o Legislativo e o Executivo, os dois verdadeiros Poderes, tarefa que poderia ficar a cargo dos nobres do corpo legislativo.¹⁷⁷

Com efeito, sabe-se que só muito tempo depois, sobretudo em decorrência da doutrina americana formada em torno das discussões a respeito da Federação, o Poder Judiciário ganhou força e posição autônoma em relação aos demais Poderes. Como lembrado por José Luiz de Anhaia Mello, “foi nos EE. UU. que o Judiciário começou realmente a assumir o seu lugar ao sol entre os poderes do Estado e, mais tarde, uma posição de realce entre os mesmos”.¹⁷⁸

De qualquer modo, é inegável que a doutrina da separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu, exerceu forte influência em todo o mundo, em especial na América, sem embargo dos equívocos de interpretação quando buscou fundamento na Constituição inglesa, que estruturou o Estado com base no sistema de governo de gabinete.¹⁷⁹

A doutrina de Montesquieu avançou por todo o mundo com excepcional repercussão, de maneira que foi extraordinária sua influência nos países latino-americanos.

177. MONTESQUIEU. **Do espírito...**, cit., p. 205.

178. MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 28.

179. Como salientado por Raymond G. Gettell, a obra de Montesquieu “exerceu profunda influência na América, apesar de se fundar numa errônea interpretação da Constituição inglesa, posto que a existência do governo de gabinete supõe uma combinação de funções executivas e legislativas; aplica-se na constituição federal e nas constituições dos estados; aparece em muitas petições de direitos e foi incluída na Declaração dos Direitos do Homem”. GETTELL, Raymond G. **Historia...**, cit., vol. II, p. 35.

Com efeito, apesar de tão evidente influência, alguns autores afirmam que tal teoria não passa de um mito.

Duguit, por exemplo, após deixar claro que “toda pessoa é indivisível”, acrescenta que “esta concepção de um poder separado, é uma concepção metafísica, análoga ao mistério cristão da santíssima trindade”...¹⁸⁰

Em outra perspectiva, afirma Marcelo Caetano que o Estado exerce funções não jurídicas, “como a função *política* e as funções *técnicas*”.¹⁸¹

Em verdade, temos como certo que não há como não falar em ato de Estado que não seja jurídico. A chamada função política também é jurídica e se encaixa no âmbito da função executiva; a denominada função técnica não passa de subsídio para a prática de alguma decisão que importa na função executiva (administrativa ou política), de modo que na atividade estatal não existe função técnica em si mesma.

Karl Loewenstein fala numa tripartição de funções que denomina de decisão política conformadora ou fundamental, execução da decisão e controle político.¹⁸²

180. DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel**. 4a ed. Paris: Bocard, 1923, p. 165. Idêntico posicionamento assume Paulo Ferreira da Cunha ao afirmar que “e ao tentar deslindar as confusões teóricas entre órgãos, poderes, funções e até fins do Estado, que incidentalmente se mesclavam, vimos logo que alguns mito-ilusão, ou antes, preconceito aí se apresentavam. O mito do número perfeito três contribuiu, como vimos, para não poucos mal-entendidos”. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o direito (I) – Do realismo clássico à análise mítica**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 299.

181. CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. 1º, p. 197.

182. Diz o referido autor, ao criticar a doutrina de Montesquieu, que “*el iconoclasta no puede sentirse satisfecho con sólo remover de su pedestal al ídolo de la triple separación del orden del dominio en los «poderes» legislativo, ejecutivo y judicial; en su lugar estará obligado a colocar otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo. A continuación se expone una nueva división tripartita: la decisión política conformadora o fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión (policy execution) y el control político (policy control)*”. LOEWENSTEIN, Karl.

Essa tripartição exposta por Loewenstein e adiante explicitada em sua obra ora citada, na verdade, procede enquanto crítica no sentido de que há que distinguir poder de função. No entanto, a tese não pode ser aceita e, em verdade, não inova. O que o referido autor denomina de função política se enquadra como função legislativa ou administrativa. A denominada função de execução ou é função administrativa

ou é função jurisdicional, conforme o caso. A dita função de controle é legislativa, a exemplo do veto a projeto de lei, ou é jurisdicional, a exemplo do controle de constitucionalidade das leis, em nada importando se determinado ordenamento jurídico entrega tal função a órgão não integrante do Poder Judiciário.¹⁸³

Sustenta Hans Kelsen que as funções básicas do Estado são apenas duas: a função de criação e de aplicação do direito, funções essas que são infra e supra-ordenadas. Aduz o referido autor que “mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de ‘órgão legislativo’”.¹⁸⁴

Não concordamos com tais afirmações de Kelsen no sentido de que a função jurisdicional se identifica com a função administrativa. Aliás, o próprio Kelsen não teve como deixar de reconhecer que “os juízes, por exemplo, são em geral ‘independentes’, isto é, estão sujeitos apenas às leis e não às ordens (instruções) de órgãos judiciais ou administrativos superiores”.¹⁸⁵

Inequivocamente, a teoria da separação de poderes representou um grande avanço para a humanidade. Apesar de muitos entenderem que se trata de mito, forçoso é convir que, se aplicada com correção e equilíbrio, é mecanismo até hoje não superado de limitação do poder.¹⁸⁶

Teoría de la constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte Barcelona: Ariel, 1964, p. 62.

183. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría...**, cit., pp. 63-72.

184. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução:

Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, pp. 263 e 266.

185. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Cit., p. 268.

Assim, acreditamos que o princípio da separação de poderes, no seu objetivo de limitação do poder, é uma realidade, apesar de que, como visto, o correto é falar em separação de funções por meios de órgãos autônomos e independentes entre si.

De outro lado, como tal problema envolve a condição humana e tem máxima relevância percebe-se que é impossível a concreção do equilíbrio absoluto. Destarte, é, igualmente, óbvio que a adoção e aplicação do princípio da separação de poderes ou divisão de funções, além da necessidade de atribuições típicas de determinado órgão por outro, não impede conflitos entre os agentes dos órgãos de soberania. Ademais, é possível a ocorrência de hipertrofia de determinado Poder (normalmente do Poder Executivo) em relação aos demais, e isto a ponto tal que o princípio da separação de poderes ou divisão de funções se torne uma farsa, o que não autoriza a generalização das afirmativas de que tal princípio é mito ou utopia.

5.2. Órgão e função: o problema da função típica de um Poder ser exercida por outro Poder

Em verdade, a doutrina da separação de poderes ou divisão de funções não pode ser vista como divisão do poder, porquanto o poder do Estado é uno e indivisível, poder esse que numa sociedade democrática pertence ao próprio povo. O que existe é uma divisão de funções, que são entregues a órgãos diferenciados com autonomia e independência no exercício de suas atribuições com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos, sem prejuízo do melhor desempenho das atribuições do Estado.¹⁸⁷ No entanto, tendo em conta a condição humana dos agentes do poder, é inegável que quando as diversas funções do Estado são exercidas pela mesma pessoa ou sob o comando dessa mesma pessoa tende-se ao despotismo. Desta maneira, é inegável que essa divisão de funções do Estado por meio de órgãos e agentes independentes e autônomos propicia maior garantia da liberdade individual.

186. Como salientado por José Luiz de Anhaia Mello, “mito ou realidade, separação ou distribuição de funções, concepção de efeitos absolutos ou uma prática de diversificação para maior eficiência do todo governamental, serviu, no entanto, para cindir o poder no seu sentido absoluto e, até hoje, permanece, sem encontrar uma fórmula jurídica que o substitua”. MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação...**, cit., p. 27.

Com efeito, a doutrina da separação de poderes, não tem como, na prática, ser aplicada de maneira

absoluta, conforme admitiu o próprio Montesquieu, até porque se tal aplicação absoluta fosse possível um poder atingiria a independência do outro. Assim, por exemplo, é indispensável atribuição de função administrativa ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário no que diz respeito ao funcionamento desses órgãos, porque fosse entregue tal função ao Poder Executivo o princípio da independência dos poderes estaria comprometido.

Inequivocamente, não se pode confundir poder com função. Como observado por Antônio Sampaio Dória, “função é a faculdade e o acto de proceder dentro das leis. Poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação directa da soberania”.¹⁸⁸

Evidente que seria impossível a separação absoluta de poderes no sentido de atribuir a cada um deles sua função específica. Aliás, o próprio Montesquieu admitia, conforme observado acima,¹⁸⁹ outro poder (regulador) cuja função seria regular o Executivo e o próprio Legislativo e seria exercida pelos nobres integrantes do Legislativo, bem assim a participação do Poder Executivo no exercício da função legislativa “através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas”.¹⁹⁰

187. Nessa linha de raciocínio, a Constituição brasileira adotou a teoria de Montesquieu na sua visão clássica nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º). Com isso não seguiu a melhor técnica, porque tal redação sugere a falsa ideia de que o poder estatal é divisível.

188. DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito constitucional**. 5a ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, vol. 1º, 1º tomo, p. 278.

189. MONTESQUIEU. **Do espírito...**, cit., p. 205.

Na realidade, a complexidade da vida moderna e a dinâmica da atividade estatal exigem que funções típicas atribuídas a determinado órgão de soberania sejam entregues a outro órgão de soberania. Modernamente, essa é uma realidade nos Estados democráticos. Ressalvada a não permissão do exercício de função jurisdicional ao Poder Executivo, todos os Poderes exercem funções uns dos outros, até mesmo como meio de garantir a independência de cada um deles.

Assim, por exemplo, a função legislativa, nos casos de urgência, pode e deve ser exercida pelo Poder Executivo, ainda que a decisão final fique a cargo do Poder Legislativo, tudo a depender de cada ordenamento jurídico. Os tribunais judiciais também exercem função legislativa quando expedem seus regimentos internos.¹⁹¹

Há, igualmente, variação de atribuições com a participação do Executivo ou do Judiciário no processo legislativo. Isso é possível e necessário quando a matéria envolver diretamente organização e funcionamento do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, a exemplo da criação ou extinção de cargos no âmbito desses órgãos, de maneira que os ordenamentos jurídicos costumam atribuir legitimação apenas a estes Poderes para a iniciativa de projeto de lei alusivo a tais matérias.¹⁹²

Verifica-se, outrossim, a participação do Poder Executivo no processo legislativo, na medida em que é comum os ordenamentos atribuírem ao chefe de tal Poder a competência para sancionar, promulgar e publicar leis ou vetar projetos de lei.¹⁹³

190. MONTESQUIEU. **Do espírito...**, cit., p. 208.

191. Cf. art. 62, da Constituição brasileira.

192. Cf. § 1º do art. 61 e art. 96, da Constituição brasileira.

193. Cf. art. 84, IV e V, da Constituição brasileira.

5.2.1. Órgão e função: o problema especial da função legislativa exercida por órgão judicial nos sistemas jurídicos que instituem jurisprudência vinculante

Parece-nos claro que os sistemas jurídicos que adotam jurisprudência vinculativa também atribuem função legislativa ao Poder Judiciário, embora decorrente da própria função jurisdicional em casos concretos. É que se todos os juízes estão obrigados a seguir tais decisões em casos futuros, forçoso é convir que a vinculação, apesar de surgir de interpretação jurídica em casos concretos, atinge toda a comunidade jurídica de determinado Estado tanto quanto a lei. Ainda que não haja previsão expressa de

vinculação geral em determinado ordenamento jurídico, na prática como todos os juízes estão obrigados a seguir a decisão vinculante, toda a comunidade jurídica irá adequar suas futuras condutas ao que estiver previsto em tais enunciados normativos.¹⁹⁴ E assim é porque as notas de generalidade e abstração estão presentes no ato normativo extraído da jurisprudência vinculante no que se refere às situações futuras, em vista do que tal ato em muita se assemelha às normas interpretativas.¹⁹⁵

194. O direito brasileiro consagrou expressamente a súmula vinculante, mas apenas no que se refere às questões constitucionais decididas pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos, nos termos do art. 103-A, da Constituição, conforme acréscimo da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Assim: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula conforme o caso”. Como visto, no dispositivo ora transcrito não se fala em vinculação obrigatória geral, mas sim em vinculação para os juízes e para a Administração Pública, mas, como visto no texto principal, na prática a vinculação é geral porque a comunidade certamente que irá adequar sua conduta futura ao que estiver previsto na súmula vinculante.

195. Como salientado por J. J. Calmon de Passos, “pouco importa o nome de que ela se revista – súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Súmula vinculante**. In *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 6, set/ dez, 1997, p. 633. Em idêntico sentido, disserta Mônica Sifuentes que “de fato, consistem elas (a autora está se referir às súmulas vinculantes) em preceito jurídico que se extrai de reiterados julgados, desprendendo-se da matéria controvertida que lhes deu origem. Em consequência, há de se lhes conferir, tal como à lei promulgada, por um processo de dedução lógica, as características de abstração e de generalidade”. SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 277. Na mesma linha de pensamento, ao estudar o instituto dos assentos do direito português, afirma Castanheira Neves que “com os assentos que os nossos Supremos Tribunais, funcionando em tribunal pleno, podem emitir para resolver um «conflito de jurisprudência» – que se vêem a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa «com força obrigatória geral» –, oferece-nos o nosso direito um instituto jurídico original e dificilmente compreensível. É original na possibilidade que confere 1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de «preceitos gerais e abstractos»), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuiem para o futuro, de se

5.3. Órgão e função: o problema da função jurisdicional exercida por órgão não judicial

5.3.1. Introdução

O Poder Judiciário, como afirmado acima, ganhou relevância. Atualmente, a importância do Poder Judiciário na maioria dos Estados democráticos se situa, fundamentalmente, em três aspectos: a independência e as garantias asseguradas pelas constituições aos tribunais e aos juízes; a atribuição de julgar litígios, em especial quando tais litígios envolvem a necessidade de controlar os atos da Administração; a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis.

No que se refere ao controle dos atos da Administração e ao controle de constitucionalidade das leis, alguns Estados democráticos preferem o sistema de atribuição de tais controles a órgãos especiais, circunstância que não muda a realidade das coisas no que concerne aos direitos dos cidadãos, na medida em que tais órgãos são independentes e imparciais.

imponem em ordem a uma aplicação futura. Originalidade que consiste, portanto, em serem chamados alguns dos nossos tribunais, mediante aquele instituto, à proclamação de critérios jurídicos que tanto formalmente, como intencionalmente e ainda temporalmente (ou na sua dimensão de tempo) se nos oferecem com as características de prescrições legislativas”. NEVES, António Castanheira. **O instituto dos «assentos»**..., cit., pp. 1 a 5. Conclui, no entanto o ora referido autor pela inconstitucionalidade de tal instituto ao salientar que “ao ser chamada a função jurisdicional, através dos assentos, ao exercício da função legislativa, é desse modo aquela função investida num estatuto que está em contradição com o sentido (intencional e funcional) que lhe deverá corresponder no sistema político do Estado-de-Direito social dos nossos dias – o sistema político que a Constituição materialmente pressupõe e assimila enquanto afirma o nosso Estado como um «Estado

de Direito democrático», pois este Estado por aquele sistema em último termo se determina. E por isso os assentos são, nessa mesma medida, materialmente inconstitucionais”. NEVES, António Castanheira. **O instituto...**, cit., pp. 618-619.

Se o que mais importa é a independência dos órgãos e dos juizes e o respeito aos direitos e garantias processuais constitucionais dos cidadãos, para estes não faz diferença o fato de o controle de constitucionalidade das leis e dos atos da Administração ser atribuídos a órgãos não judiciais.

5.3.2. Características da função jurisdicional

Conforme salientado acima, a função administrativa (executiva) se caracteriza pela execução das leis no sentido de prover as necessidades da população e seu relacionamento com os demais entes no âmbito internacional; a função jurisdicional se caracteriza pelo julgamento dos conflitos entre os cidadãos ou entre estes e o próprio Estado (jurisdição contenciosa), ou pela remoção de obstáculos postos pela própria ordem jurídica envolvendo interesses das pessoas, como terceiro desinteressado, imparcial e em caráter substitutivo (jurisdição voluntária).¹⁹⁶ Aliás, é exatamente a necessidade da imparcialidade de quem exerce a função jurisdicional que justifica a independência assegurada aos juizes, sobretudo quando uma das partes litigantes é o próprio Estado.

De fato, a função jurisdicional não se confunde com a função administrativa. A expressão *administração da justiça*, frequentemente utilizada na linguagem jurídica, não pode significar inexistência de distinção entre as duas funções.

Reconhece-se maior proximidade entre as funções administrativa e jurisdicional, tanto assim que não é difícil distinguir a função legislativa da função jurisdicional e da função administrativa, mas também não é fácil distinguir jurisdição de administração.

196. A definição ora apresentada indica nosso posicionamento no sentido de que a denominada jurisdição voluntária também é jurisdição, e não administração.

A definição de jurisdição, acima apresentada, que segue, em parte, a doutrina de Chiovenda, revela que a principal nota distintiva entre jurisdição e administração está em que a atividade jurisdicional é sempre substitutiva, enquanto a atividade administrativa é primária (impõe-se por si mesma a partir da lei).¹⁹⁷

Tudo quanto acima afirmado aplica-se à chamada jurisdição voluntária, apesar da assertiva de Chiovenda no sentido de que “a jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercida em parte pelos órgãos judiciais, em parte pelos órgãos administrativos, e *pertencente à função administrativa*”.¹⁹⁸ É que, como afirmado pelo próprio Chiovenda, se a substituição de atividade é a nota realmente diferencial entre jurisdição e administração, na jurisdição voluntária o juiz também age em caráter substitutivo como terceiro desinteressado (imparcial) e não julga sobre a própria atividade, mas sobre atividade alheia. A diferença fundamental está no seguinte: na jurisdição contenciosa a atividade do juiz se faz necessária em vista da existência de lide (situação obstáculo que um sujeito põe a outro sujeito); na jurisdição voluntária a atividade do juiz é exigida por necessidade de controle de determinados interesses sem lide (situação obstáculo que o ordenamento jurídico, para fins de controle, põe às pessoas em relação a determinados interesses, ainda que todos os interessados estejam de acordo). No entanto, não se pode olvidar os casos de jurisdição contenciosa cuja lide é presumida pelo Estado – na realidade concreta tal lide pode existir ou não –, a exemplo da ação para anular casamento proposta por um cônjuge contra o outro, caso em que é possível que ambos tenham o mesmo interesse.¹⁹⁹

197. Como observado pelo ora referido autor, “a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição”, enquanto a administração “é uma atividade por si mesma imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos”. Vale dizer, “a própria administração julga, pois que não se age a não ser como apoio num juízo, mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed. Tradução: Paolo Capitano. Campinas – São Paulo: Bookseller, 1998, vol. II, pp. 17-18.

198. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...**, cit., pp. 23-24.

5.3.3. O controle abstrato de constitucionalidade das leis e demais atos normativos

O controle abstrato de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado pode ser atribuído a órgão do Poder Judiciário, a órgão especial ou a órgão político a depender do posicionamento seguido por cada ordenamento jurídico.²⁰⁰

Há quem entenda que o controle abstrato de constitucionalidade das leis não seria uma atividade jurisdicional, mas sim legislativa, ainda que indireta. Para quem assim pensa, o órgão encarregado desse controle estaria de maneira inversa participando do processo legislativo porque não resolve um caso concreto.²⁰¹

199. No sentido do nosso posicionamento, embora com diferentes fundamentos e alguns pontos divergentes, é o pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, ao escrever que: “A jurisdição voluntária distingue-se da contenciosa em que na primeira há jurisdição declarativa de direitos, o que é responsável pela ausência de coisa julgada, determinada pela maior relevância da eficácia constitutiva da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, justamente em detrimento da eficácia declaratória”. (*In Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82). É que, sem embargo de que o critério diferenciador essencial é o apresentado no texto, pensamos que na jurisdição voluntária também há formação da coisa julgada, do mesmo modo que nas ações constitutivas contenciosas. Apenas, tendo em consideração o fato de a jurisdição voluntária normalmente envolver situações jurídicas continuativas, a sentença proferida em tais processos, apesar de passar em julgado, está sujeita a revisão a qualquer tempo, o que impõe a necessidade de outra ação (revisional) e, conseqüentemente, de outro processo para tanto, bem assim de um fundamento fático superveniente que permita tal revisão, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, como deixa claro o art. 1111, do Código de Processo Civil brasileiro. Mas isso também pode ocorrer com ações condenatórias, a exemplo da sentença proferida em ação de alimentos, apesar da equivocada expressão da Lei que trata do assunto de que tal sentença não transita em julgado (cf. art. 15, da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968).

200. No direito brasileiro, o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário (arts. 92, e 102, I *a*). O controle de constitucionalidade de atos normativos municipais é atribuído aos tribunais dos Estados.

Pensamos que essa tese não merece acolhida. O órgão encarregado da função de controle de constitucionalidade das leis não exerce função legislativa. O ato de controle de constitucionalidade das leis por esse órgão simplesmente não integra o processo legislativo. O órgão encarregado desse controle dentro do processo legislativo é interno e prévio dentro do procedimento legislativo regular, porquanto normalmente os parlamentos se organizam instituindo comissão permanente de constitucionalidade dos projetos de lei. Esse controle, a depender de cada ordenamento jurídico, é também exercido, de certo modo, pelo Poder Executivo quando exerce o poder de veto, apesar de que o veto pode ser derrubado pelo próprio Poder Legislativo.²⁰² Mas, válido é reafirmar, tudo isso ocorre ou pode ocorrer dentro do processo legislativo. No controle abstrato de constitucionalidade o órgão que tem atribuição para tanto só pode atuar mediante provocação de partes legitimadas, havendo conflito a ser dirimido. Não havendo ação direta de inconstitucionalidade proposta por algum legitimado a respeito de determinada lei, esta, por mais que seja inconstitucional, fica incólume com a força da presunção de constitucionalidade e de legitimidade, só restando aos prejudicados discutir essa situação de inconstitucionalidade em cada caso concreto (controle difuso). Ademais, não existe processo abstrato. Todo processo envolve algum ato (fato) jurídico passado, que no caso é a lei, o que fica bem mais claro quando tal caso envolve inconstitucionalidade formal. A repercussão jurídica da decisão é que é diferente. Sendo assim, forçoso é concluir que a função de controle abstrato de constitucionalidade das leis é jurisdicional, ainda que tal atribuição seja entregue a órgão especial ou a órgão político, como ocorre em determinados sistemas jurídicos, caso em que a função jurisdicional é exercida por órgão não integrante do Poder Judiciário.

201. Assim, por exemplo, Athos Gusmão Carneiro ao afirmar: “Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificadamente ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade legislativa, porque não vinculada à aplicação do direito a um caso concreto”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 16 (o grifo é do autor).

202. É o que ocorre no direito brasileiro (cf. CF, arts. 66 e parágrafos e 84, V).

Tal tese não se altera ainda que se trate de permissão de controle concentrado preventivo de constitucionalidade.²⁰³

5.3.3.1. Controle (abstrato e difuso) de convencionalidade das leis e atos normativos

Os Estados nacionais se relacionam com seus cidadãos e no plano internacional com outros Estados e instituições internacionais, celebrando tratados e convenções, especialmente no que se refere aos direitos humanos, os quais se integram ao direito interno.²⁰⁴

O problema é que os juízes dos Estados nacionais nem sempre se recordam da existência de tais tratados e convenções e, assim, da necessidade de exercer o que vem se denominado de controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade, no plano interno, se insere no mesmo contexto do controle de constitucionalidade. Isso significa dizer que nos casos concretos os juízes devem exercer, ainda que não haja alegação de parte, o controle difuso de lei ou ato normativo não apenas em face da constituição, mas também dos tratados e convenções celebrados pelo Estado.

Em caso de violação de direitos humanos, se o juiz do Estado nacional não exerceu tal controle, levado o caso a tribunal internacional ao qual tal Estado tenha se vinculado, àquele cabe exercer o controle de convencionalidade, inclusive na perspectiva de que nessa matéria as normas internas não podem se sobrepor aos tratados e convenções celebrados pelo Estado.²⁰⁵

203. O direito português admite expressamente o controle preventivo de constitucionalidade (art. 278º da Constituição).

204. No direito brasileiro, tal inclusão está na Constituição, que, por sinal, ressalva que os tratados e convenções aprovados segundo o procedimento ali previsto equivalem a emenda constitucional.

Se é assim em caso do que se pode denominar de controle difuso de convencionalidade, normalmente os ordenamentos jurídicos internos não tratam de controle concentrado ou abstrato de convencionalidade.

205. Tal posicionamento vem sendo largamente aplicado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, como, por exemplo, na Sentença de 26 de setembro de 2006, item 124, do caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Veja em igual sentido os seguintes casos: Sentença de 24 de novembro de 2006, item 128, do caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros Vs. Perú)*; Sentença de 24 de novembro de 2010, itens 176/177, do caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*; Sentença de 26 de novembro de 2010, item 225 e em especial o voto do Juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, no caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (in www.corteidh.or.cr). Na doutrina, afirma Susana Albanese que “existe convergência interpretativa, em quanto a la función de los jueces de fiscalizar el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, tanto desde un tribunal internacional quanto desde un tribunal interno. Esta posición, ha sido reiterada en estos últimos años a través del estudio de los delitos de lesa humanidad donde se destaca la necesidad de evitar la impunidad e donde la figura de la prescripción junto con otros principios que se consideraban consolidados fueron desplazados en función de la naturaleza de los delitos”. ALBANESE, Susana. **Garantías judiciales**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, pp. 333/334.

Em certa medida, em caso de controle concentrado de constitucionalidade, tendo em conta que normalmente os tratados e convenções sobre direitos humanos têm no âmbito interno status de norma constitucional, o órgão jurisdicional com atribuição para exercer tal controle também deve no ensejo exercer controle abstrato de convencionalidade. Para tanto deve ficar atento à circunstância de que o Estado não pode deixar de observar tais tratados e convenções e que pode se sujeitar ao que for decidido por tribunal internacional que reconheceu.²⁰⁶

Os tribunais internacionais normalmente não têm procedimentos para controle abstrato de convencionalidade a respeito dos tratados e convenções celebrados por Estados que os reconhece. No entanto, o fato de um tribunal interno, em controle difuso ou em controle concentrado, negar vigência a determinado tratado ou convenção, não impede a parte prejudicada de reclamar eventuais direitos perante tribunal internacional, o qual, se reconhecido pelo Estado envolvido, terá a última palavra para decidir sobre tal vigência, numa espécie de controle difuso de convencionalidade.

5.3.4. Função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo

Em alguns sistemas jurídicos costuma-se atribuir poder jurisdicional ao Poder Legislativo nos casos de crimes de responsabilidade dos agentes políticos integrantes do próprio Poder Legislativo, e de outros órgãos, em especial do Poder Executivo e até do próprio Judiciário.²⁰⁷

206. Também o órgão estatal encarregado do controle de constitucinalidade não deve deixar de ter em conta o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (que o Brasil promulgou por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com a reserva dos arts. 25 e 66), nos seguintes termos: “Uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46”. O referido artigo 46, de sua vez, dispõe: “1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé”.

Nesses casos há séria dúvida em se saber se tais órgãos esgotam a função jurisdicional, ou seja, se exercem tal função com exclusividade ou se os seus atos estão sujeitos a exame pelo Poder Judiciário ante o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou de proteção judiciária.

Vejamos inicialmente a situação de atribuição de função jurisdicional ao Poder Legislativo.

Em princípio, se a Constituição atribui função jurisdicional ao Poder Legislativo, a exemplo da hipótese de julgamento de determinadas autoridades nos casos de crime de responsabilidade, não cabe a nenhum outro órgão, ainda que integrante do Poder Judiciário, julgar em lugar do órgão que recebeu tal atribuição constitucional. O órgão legislativo tem, no caso, o poder de decidir com exclusividade.

Se a constituição de determinado país dispõe no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário não significa dizer que toda a função jurisdicional terá que ser atribuída ao Poder Judiciário com exclusividade. O sentido de tal norma é o de que não pode haver exclusão de apreciação de alegação de lesão ou ameaça a direito a quem detém o poder jurisdicional enquanto juiz natural (atribuição constitucional). O que importa é que esse órgão não judicial seja independente e imparcial.

207. No direito brasileiro, atribuiu-se ao Senado Federal a competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, e ainda os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com os praticados pelo Presidente ou Vice-Presidente da República (CF, art. 52, I e II). Nosso posicionamento é no sentido de que situação semelhante acontece em relação à perda de mandato parlamentar por infração aos impedimentos constitucionais, falta de decoro parlamentar ou ausência às sessões além do limite constitucional, porque essas infrações são similares aos denominados crimes de responsabilidade, ficando a competência a cargo da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, caso se trate, respectivamente, de deputado ou senador (cf. CF, art. 55, I a III e parágrafos).

No entanto, pode ocorrer a hipótese de o órgão não judicial com função jurisdicional (no caso o Poder Legislativo) deixar de observar princípios constitucionais fundamentais no exercício de tal função, particularmente o princípio do processo devido em direito, tanto no seu aspecto processual como no seu aspecto substancial. Na primeira hipótese, por exemplo, ao não respeitar os princípios do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção de prova lícita; no segundo caso, por exemplo, se profere decisão final evidentemente contrária à prova dos autos do processo ou manifestamente contrária ao direito.

O posicionamento da maioria da doutrina brasileira em caso de função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo é no sentido de que só cabe controle judicial com relação ao procedimento, nunca com relação ao mérito.²⁰⁸

208. Assim, por exemplo, afirma Zaiden Geraige Neto que “tal regra nem sequer incomoda o monopólio judiciário do controle jurisdicional, já que qualquer irregularidade de ordem formal no procedimento referido poderá ser levada à apreciação do Judiciário, que, por sua vez, somente não interferirá no mérito das discussões intrínsecas ao Legislativo” (*In O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 48). José Afonso da Silva afirma em relação ao processo de cassação de parlamentares, “que aí se instaura um processo político”, e que no caso de processo para apuração de crime de responsabilidade do Presidente da República, do mesmo modo, “a Constituição erigiu o Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Senado Federal, em tribunal especial, para o julgamento político, que não é um tipo de julgamento próprio de tribunais jurisdicionais, porque

estes não devem senão exercer jurisdição técnico-jurídica”. (*In Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 538 e 550). Nessa mesma perspectiva é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No episódio do impedimento do Presidente Fernando Collor de Mello, este impetrou mandados de segurança, de modo que num caso tal Tribunal, por maioria, acolheu o pedido para manter medida cautelar que aumentara, de 05 (cinco) para

Não concordamos com tais posicionamentos. É que as próprias decisões jurisdicionais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário normalmente estão sujeitas a controle por outros órgãos, apesar de que órgãos do próprio Poder Judiciário, por via de recurso ordinário ou recursos extraordinários ou ainda por vias de ações autônomas de impugnação.²⁰⁹

Com efeito, a primeira questão a se colocar aqui está em saber se é admissível recurso extraordinário sobre questão constitucional para órgão de cúpula do Poder Judiciário, embora não haja previsão expressa de admissibilidade para tal hipótese ou de vedação da mesma.²¹⁰ Pensamos que em tais circunstâncias o recurso extraordinário deve ser admitido porque no fundo há previsão de recurso extraordinário, em si já limitado à questão constitucional. Do ponto de vista do princípio democrático tal recurso representa mais uma forma de controle da decisão de única instância.

10 (dez) sessões, o prazo para manifestação do impetrante perante a Câmara dos Deputados; em outro processo o Supremo Tribunal Federal se recusou a examinar o mérito da decisão final do Senado pelo impedimento (respectivamente, Mandado de Segurança nº 21.564-0/DF e Mandado de Segurança nº 21.689-1/DF, consultados no site www.stf.gov.br).

209. No direito brasileiro, cabe recurso ordinário (apelação) de sentença de órgão de 1º grau para tribunal de 2º grau, recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, se houver questão de direito federal infra-constitucional, ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, se houver questão de direito constitucional, ou mesmo por via de ações autônomas de impugnação, a exemplo de mandado de segurança e ação rescisória (v. Constituição, arts. 125, 118, 111, 108, 105 e 102). No caso do julgamento realizado pelo Senado Federal ou pela Câmara dos Deputados não há previsão de recurso ordinário para o próprio órgão nem para outro órgão.

210. É o caso da Constituição brasileira, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição e declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (art. 102, inciso III, a e b). Pensamos que tal recurso deve ser admitido das decisões do Congresso quando este exerce função jurisdicional. No nosso modo de entender, quando a Constituição brasileira dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância” o faz genericamente, ou seja, não restringe aos julgamentos de órgãos do Poder Judiciário, de maneira que não é razoável o entendimento de que as decisões jurisdicionais dos órgãos do Poder Judiciário estão sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade e as decisões jurisdicionais do Parlamento possam agredir a Constituição com plena e total imunidade. Todo julgamento de qualquer órgão

É frágil e sem qualquer pertinência o argumento de que é meramente político o julgamento realizado pelo Parlamento no caso de impedimento de determinadas autoridades e que, por isso, o Poder Judiciário só pode invalidar pela via do mandado de segurança atos de natureza procedimental, nunca sobre o mérito porque estaria a exercer função que fora atribuída ao Parlamento com exclusividade. Ora, todo julgamento por órgão de soberania no exercício do poder jurisdicional, inclusive o Poder Judiciário, é julgamento político, porque ato do poder político, mas também é, necessariamente, julgamento jurídico, e que, assim, tem que encontrar fundamento razoável na ordem jurídica. Os fatos das vinculações partidárias e da investidura pela via eleitoral popular não autorizam, no caso, julgamento meramente político (no sentido estrito da expressão), sem fundamentação jurídica razoável para absolver quem merece ser punido, via de regra para atender interesses partidários ou de grupos, ou punir quem merece ser absolvido normalmente para perseguir adversários políticos ou para dar satisfação à opinião pública, visando, assim, adquirir votos nas próximas eleições.

De outro lado, ilegalidade e abuso de poder podem ocorrer tanto no que diz respeito ao processo quanto no que refere ao mérito. Ou o Poder Judiciário tem atribuição constitucional para apreciar os dois aspectos ou não tem atribuição para apreciar qualquer deles, de modo que não cabe afirmar que em tais casos o Poder Judiciário não pode substituir o Parlamento para examinar o mérito. Não estamos diante de problema de substituição, mas sim de controle. Haveria substituição se os interessados provocassem o Poder Judiciário antes do Parlamento. O Parlamento exerceu o seu poder de julgar. Após esse julgamento, o Poder Judiciário, se provocado, tem o poder (e também o dever), igualmente posto em nível constitucional, de examinar a existência de ilegalidade ou de abuso de poder praticados pelo

Parlamento em tais processos. Também descabe o argumento de que se trata de decisão política, na medida em que toda decisão de qualquer dos Poderes é em si mesma política. Sendo decisão de órgão não jurisdicional essencialmente político, isso não afasta a natureza jurídica da decisão, inclusive a necessidade de conformidade com a constituição. Não existe decisão política que também não seja jurídica, ainda mais e especialmente quando essa decisão restringe direitos de alguma pessoa.

no exercício de função jurisdicional é “causa decidida”. No caso da Câmara dos Deputados e do Senado Federal “em única instância”, de maneira que se os pressupostos para o recurso extraordinário estiverem presentes, seja em relação a questões processuais seja em relação ao mérito, a não admissão de tal recurso significa negar acesso à justiça e, assim, violar a Constituição, já antes violentada pela decisão recorrida.

Sob outro ângulo, o ordenamento jurídico pode prever ações autônomas de impugnação contra decisões judiciais, não havendo motivo para a não admissão de tais ações contra decisão jurisdicional do Parlamento no caso de processo de impedimento, ao menos em situações excepcionais de grave violação à ordem jurídica ou decisão evidentemente contrária ao direito.²¹¹ Aqui, vale reiterar os mesmos fundamentos acima expostos para refutar o argumento da natureza política da decisão do parlamento para afastar a admissibilidade da ação impugnativa.²¹²

211. Veja-se Constituição brasileira, art. 102, I, *d*. Sem dúvida, as decisões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal podem, em tese, ser atacadas perante o Poder Judiciário por outro mecanismo constitucional, que é o mandado de segurança, tanto em relação a questões processuais como no que se refere ao mérito. A ação de mandado de segurança tem por fundamento a existência de ilegalidade ou abuso de poder seja qual for a autoridade que pratique ato com tal estigma, inclusive autoridade jurisdicional, integrante do Poder Judiciário ou não. Se uma ou outra situação ocorreu não resta dúvida que o mandado de segurança deve ser concedido, seja para anular ato processual por vício de procedimento, seja quanto ao mérito para absolver ou para condenar o réu. Diz Luís Roberto Barroso que no Mandado de Segurança nº 21.546-DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, consta do voto do Ministro Sepúlveda Pertence a seguinte afirmação: “Desse modo, Senhor Presidente, não excludo, por exemplo, que caiba ao Poder Judiciário a verificação da existência, em tese, da imputação de um crime de responsabilidade dada a exigência constitucional, que peculiar ao nosso sistema, de sua tipificação em lei, ainda que não exclua a ampla discricionariedade e a exclusividade do juízo do Senado na concretização dos conceitos indeterminados da definição legal típica dos crimes de responsabilidade”. Comentando essa parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, assevera Luís Roberto Barroso que “a análise da atipicidade, na hipótese, depende de raciocínio puramente jurídico. Cuida-se, apenas, de reconhecer que o fato imputado ao impetrante não enseja a instauração de processo por crime de responsabilidade, pois o dispositivo legal que continha tal previsão foi revogado. Estabelecida a premissa, a conclusão é inafastável: deve o Poder Judiciário determinar o trancamento do processo de impeachment instaurado contra o impetrante, eis que fundado em imputação de fato manifestamente atípico” (*In Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 455-456. Ocorre que verificar a tipicidade ou atipicidade da imputação é examinar o mérito. Ou então o tema se resume ao velho problema das denominadas condições da ação. De todo modo, como visto no texto principal, estamos de acordo com essa parte do voto em comentário, mas não concordamos com a conclusão de que não se pode fazer análise aprofundada de provas, na medida em que pode haver clara e evidente manipulação das provas com o propósito de forçar uma situação que, apesar de teoricamente tida como típica, em verdade nunca existiu.

212. No direito brasileiro o mandado de segurança tem sérias limitações, uma vez que exige prova pré-constituída, ou seja, só pode ser admitido se o impetrante dispuser de prova documental, enquanto o recurso extraordinário é mais restritivo ainda, porque não admite exame de questão de fato, só podendo ser admitido para o exame de questão de direito constitucional. Não temos dúvida de que se houve julgamento fora do razoável (não equitativo), seja quanto ao processo, seja quanto ao mérito, a exemplo de decisão manifestamente contrária a prova dos autos, afastada a possibilidade daqueles mecanismos constitucionais, negar a via jurisdicional com cognição ampla é desconsiderar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto na própria Constituição, o que significa dizer negar acesso à justiça. No que se refere ao mandado de segurança contra atos jurisdicionais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal parece-nos que a competência é do Supremo Tribunal Federal. A Constituição brasileira atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102, I, *d*). No entanto, caso se trate de ato de qualquer outro órgão dessas casas legislativas a competência também é do Supremo Tribunal Federal. E assim é porque à falta de norma expressa com relação a outros órgãos não seria razoável atribuir competência a órgão jurisdicional federal de 1º grau (art. 109, VIII), porquanto o Parlamento está no mesmo nível do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que é exatamente isto que justifica a competência originária deste nos casos do art. 102, I *d*, principalmente se se tratar de ato do Plenário, o qual está, obviamente, acima das Mesas Diretoras. Tratando-se, no entanto, de ação com cognição ampla surge dúvida séria em torno do assunto. É que, nesse passo, existe uma prática anômala no direito brasileiro, que precisa urgentemente ser modificada por norma expressa ou por orientação diferente dos tribunais superiores. Como visto, o constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar mandado de segurança, que é ação civil cognitiva como outra qualquer, ressalvada a diferenciação procedimental, tendo em conta a importância da autoridade que praticou o ato que se quer impugnar. Ocorre que a parte legitimada a impetrar mandado de segurança tem direito a utilizar a via processual de cognição ampla, seja porque tem dúvidas ante a restrição probatória do procedimento do mandado de segurança, seja porque perdeu o prazo legal para tanto, seja por vontade própria. Se a parte legitimada resolveu ajuizar ação cognitiva em lugar do mandado de segurança essa demanda terá a União como parte passiva, sendo firme e inquestionável o entendimento de que passa a ser competente para processar e julgar tal ação a Justiça Federal de primeira instância, ante o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal. Desta maneira, a causa só chegaria ao Supremo Tribunal, como qualquer outra causa, se houver interposição de recurso extraordinário. Ora, não há nenhuma razão jurídica para tal diferenciação. Estamos diante de duas ações civis cognitivas com o mesmo fundamento e com o

mesmo objeto, as quais se diferem apenas em que o mandado de segurança tem uma tramitação célere e tem restrição probatória, só admitindo prova documental, enquanto a ação com procedimento ordinário tem tramitação mais demorada e possibilidade de ampla produção probatória. Se existe uma justificativa para o Supremo Tribunal Federal julgar mandado de segurança pela relevância da autoridade que praticou o ato que se quer impugnar, a mesma razão deve existir para manter a competência do Supremo Tribunal quando estamos diante da mesma lide, mudando-se apenas o procedimento. Ou então não há razão política para o Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de segurança em tais casos. O ideal é que haja uma reforma legislativa no sentido de expressar tal situação. *De lege lata*, apesar da falta de texto expresso no sentido do nosso ponto de vista e enquanto tal alteração legislativa não vem, sustentamos o entendimento de que nesses casos a competência para processar e julgar a ação cognitiva ampla é do Supremo Tribunal Federal. Veja-se que também existe esta mesma incongruência no caso mais complexo, pela repercussão política do fato, do processo de impedimento do Presidente da República. Como verificado acima, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal são firmes no sentido de que cabe mandado de segurança contra ato da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso, apenas no que se refere ao procedimento, sendo competente o Supremo Tribunal Federal. Na linha do que ficou exposto acima, não

Não faz sentido admitir o acesso à via judicial apenas nos casos de violação aos princípios processuais e negá-lo em casos como tais em que se profere decisão de mérito manifestamente injusta.

Inequivocamente, a tese que sustenta a negativa está a ignorar a dimensão substancial do princípio do processo devido em direito (processo justo, processo equitativo), na linha do exposto acima. Enxergar na ideia de processo devido em direito apenas o seu aspecto processual é atraso histórico.²¹³

Assim, nesses casos, falar em admitir acesso à justiça para garantir um processo devido em direito no plano processual e negar tal acesso para negar tal acesso no plano substancial, não faz sentido. Essa solução nos levaria a absurda conclusão de que seria possível o sistema funcionar mais ou menos assim: garantimos que o parlamento não lhe negará nenhum direito a prazos legais, a provas, etc., mas no mérito eles poderão julgar como bem quiserem, ainda que contra todas as evidências tanto no que se refere aos fatos como no que se refere ao direito. Convenhamos que essa fórmula é um engodo, uma mistificação, porque, a ser assim, não há, em verdade, garantia alguma.

Definitivamente, fica claro que o reconhecimento de que o Poder Legislativo no exercício de função jurisdicional pode praticar decisão de mérito manifestamente injusta sem qualquer possibilidade de controle do Poder Judiciário é negar o direito fundamental de acesso à justiça, mas também negar qualquer valor ao princípio democrático e ao princípio do Estado de direito.

se pode negar o direito da parte legitimada a impetrar mandado de segurança a, querendo, propor ação cognitiva ampla com o mesmo objetivo e o mesmo fundamento, seja por opção, seja pelo motivo de ter perdido o prazo para propor a primeira. E se assim é, fica muito estranho, nesse caso, atribuir-se competência à Justiça Federal de primeira instância.

213. Como observado por Samuel Miranda Arruda, “passa-se a esperar que o processo se desenvolva com a observância de algumas garantias essenciais à justa e equânime apreciação da causa. Pode-se pensar, assim, em uma evolução do direito ao processo em sentido formal até um direito ao processo materialmente compreendido. Em outras palavras, pode-se dizer que a reserva do processo transformou-se em reserva do processo equitativo”. ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental...**, cit., p. 75.

Não se perca de vista que em todos esses casos existem direitos subjetivos a serem defendidos, o que afasta por completo a ideia de um julgamento meramente político. É um grave equívoco imaginar que o mandato eletivo conquistado nas urnas não é um direito subjetivo passível de defesa perante o Poder Judiciário.

Observe-se, ademais, sem entrar no mérito da ilegitimidade do ato do Parlamento de decretar perda de mandatos adquiridos pelo voto popular, que há casos em que não está em jogo mandato eletivo.²¹⁴

Ressalte-se que o cabimento do exame do mérito nos casos em discussão não pode ser em todo e qualquer caso, sim apenas em situações excepcionais nas quais a decisão do Parlamento violou claramente a ordem jurídica no plano dos fatos ou do direito. Na primeira hipótese ao decidir manifestamente contra a prova dos autos do processo, tendo como existente fato que à evidência não ocorreu, ou como inexistente fato que à evidência aconteceu; na segunda, ao dar interpretação absurda em torno de determinada tese jurídica.

214. No direito brasileiro é o caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que é cargo vitalício. Nos casos em que estão em jogo mandatos eletivos a pena de perda do cargo é necessariamente cumulada “com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”, no caso do Presidente da República (CF, parágrafo único do art. 52), e, no caso dos Deputados e Senadores, com sanção de inelegibilidade

para qualquer cargo “para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos três anos subsequentes ao término da legislatura” (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, b), o que mais evidencia a possibilidade da defesa dos direitos em discussão perante o Poder Judiciário. Nesse particular, mais grave é ainda a situação do Presidente da República e das autoridades indicadas no inciso II do art. 52, da Constituição porque a “inabilitação para função pública” sugere a ideia de que a pena não se limita a inelegibilidade para cargos que dependem de mandatos eletivos, mas sim ao exercício de qualquer função pública. Isso significa dizer que enquanto durar o tempo da pena os sancionados não poderão exercer qualquer cargo público, ainda que mediante concurso público.

A tese ora sustentada poderá ser compreendida a partir da distinção entre **reserva de jurisdição**(ou reserva de juiz) e **reserva da via judiciária**(ou reserva de tribunal). No primeiro caso o Poder Judiciário tem a primeira e única palavra, no segundo caso é possível a atuação de outros Poderes, ficando assegurado o direito de acesso ao Poder Judiciário.²¹⁵

É certo que nos casos de reserva da via judiciária tem-se mais em consideração os casos que envolvem atos administrativos, enquanto no caso em exame os membros do parlamento estão a exercer função jurisdicional, ou seja, estão a agir como juízes. No entanto, não se pode negar o fato de que juízes não são, ou seja, de que são parlamentares; e mesmo que estejam atuando como juízes, os atos jurisdicionais dos próprios juízes, conforme gizado acima, também estão sujeitos a impugnação por meio de ação autônoma.

5.3.5. O controle das contas dos agentes políticos e demais gestores das verbas públicas

Normalmente, os ordenamentos jurídicos não inserem os tribunais de contas como órgãos do Poder Judiciário, mas tendo em conta suas atribuições de fiscalizar a execução dos orçamentos, julgar as contas dos responsáveis pelos bens e valores públicos e a legalidade de determinados atos, conferem a tais órgãos a mesma autonomia atribuída aos órgãos do Poder Judiciário.²¹⁶Sem dúvida que não pode ser diferente vez que não seria razoável que um órgão com tais atribuições estivesse vinculado ou subordinado a outros órgãos do Estado.

215. No sentido do texto, em termos, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...**, cit., pp. 664-665.

216. No direito brasileiro os tribunais de contas não integram a estrutura do Poder Judiciário (cf. CF, art. 92), mas também não integram o Poder Executivo nem o Poder Legislativo, apesar de os dispositivos referentes à sua organização e competência se encontrarem no capítulo alusivo ao Poder Legislativo. O que importa é que tais tribunais são considerados órgãos com a mesma autonomia conferida aos órgãos do Poder Judiciário e os seus agentes têm as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos juízes (CF, art. 73 e parágrafo 3º e art. 75).

Com efeito, aos tribunais de contas é atribuído poder jurisdicional, em especial no que se refere ao julgamento das contas dos agentes políticos e demais responsáveis, apesar de não serem considerados como órgãos do Poder Judiciário.²¹⁷

Discute-se a natureza do ato de tribunal de contas quando determinado ordenamento dispõe no sentido de que a decisão deste, às vezes nominada de **parecerou parecer prévio**, está sujeita a reexame necessário pelo parlamento.²¹⁸

A maioria dos doutrinadores brasileiros sustenta que nesse caso os tribunais de contas exercem função opinativa.²¹⁹

No nosso ponto de vista, ainda que a constituição nomine tal ato de **parecerou parecer prévio**a natureza do mesmo é decisão. Com efeito, o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo exige dois atos: a decisão do tribunal de contas e a decisão subsequente do Poder Legislativo.²²⁰Trata-se de algo semelhante à sentença sujeita a duplo grau obrigatório de jurisdição (reexame necessário). Por outras palavras, a decisão exclusiva do tribunal de contas é juridicamente ineficaz até que haja a decisão do parlamento para a formação do ato como um todo; o julgamento do órgão legislativo sem a decisão do tribunal de contas (e não mero parecer) não tem existência jurídica, apesar de não existir vinculação do órgão legislativo à decisão anterior, porque o órgão que decide em segundo lugar terá necessariamente como ponto de partida a primeira decisão.

217. No direito brasileiro, vê-se que os tribunais de contas exercem função jurisdicional ante as diversas atribuições previstas diretamente na Constituição, tendo, inclusive, poder sancionatório. Cf. Constituição Federal, arts. 71, I, II, III, V, VI, VIII, IX, X, e 75. Dentre tais atribuições

destaca-se a participação no julgamento das contas anuais dos chefes do Poder Executivo (Prefeitos, Governadores e Presidente da República).

218. Cf. Constituição Federal, parágrafo 2º do art. 31.

219. Assim, por exemplo, Alexandre de Moraes, que afirma: “nessa hipótese, a função do Tribunal de Contas é opinativa, atuando como órgão auxiliar do Parlamento” (*In Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 400).

220. No direito brasileiro, Congresso Nacional, no caso do Presidente da República (CF, art. 49, IX); Assembléia Legislativa, no caso de Governador de Estado ou do Distrito Federal (CF, art. 75); Câmara Municipal, no caso de Prefeito (art. 31, parágrafo 2º).

Esse nosso entendimento fica mais firme quando se tem em consideração a hipótese de o ordenamento jurídico exigir quorum qualificado da decisão do parlamento para alterar a decisão da corte de contas.²²¹ Assim, se julgamento de tribunal de contas fosse mero parecer, impossível juridicamente a fixação de quorum qualificado na decisão por parte do órgão que tem atribuição de praticar o ato em último lugar para ter a força de modificar o ato anterior. **Parecer** não passa de ato opinativo, a ser praticado por quem tem a função tão somente de opinar, como ocorre com os atos do Ministério Público nos processos em que exerce tal função. Parecer é ato absolutamente diferente de decisão, apesar da sua necessidade e da sua relevância quando a lei o exigir. Ressalte-se que nem sempre a eventual falta de parecer tem qualquer consequência; e se consequência tiver, esta não passa de nulidade a ser decretada pelo juiz se houver algum prejuízo para os fins de atuação do órgão com função opinativa.

De outro lado, o **parecer** simplesmente é ou não acolhido por quem tem o poder de decidir, de maneira que se quem tem tal poder é órgão colegiado não tem sentido a previsão de quorum qualificado para tal decisão em função do **parecer**. Deste modo, caso determinada norma jurídica atribuísse tamanha força a um parecer proferido por órgão que efetivamente tem a função de opinar, a exemplo do parecer do Ministério Público, seguramente que não mais se poderia tipificar tal ato como mero **parecer**, mas sim como decisão integrante de um ato complexo, que fica a aguardar decisão subsequente e final. Mas isso seria um absurdo, na medida em que não faz qualquer sentido atribuir poder decisório a quem se reconhece ter apenas a função de opinar. No caso de julgamento complexo (ato que resulta de duas ou mais decisões), todos os órgãos exercem o mesmo tipo de poder decisório apesar de ser inegável a maior força do órgão que decide em último lugar. Essa força pode ser minorada pela exigência de quorum qualificado para reforma do ato decisório anterior.

221. É o que ocorre no direito brasileiro no que se refere ao julgamento de contas de prefeito, caso em que o julgamento do tribunal de contas, na linguagem da própria Constituição, “só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal”. Ver Constituição brasileira, art. 31, parágrafo 2º.

No mais, tudo quanto afirmado no item anterior vale, no que couber para o item presente.

5.3.6. O contencioso administrativo

A questão atinente aos litígios envolvendo órgãos do próprio Estado e entre o Estado e os particulares, principalmente no que toca aos litígios administrativos e fiscais é crucial. Por se tratar de litígios de natureza jurídica envolvendo direitos das pessoas não há dúvida de que a solução dos mesmos deve ser atribuída a órgão independente e imparcial. Ao mesmo tempo, não há como fugir ao dilema de que a atribuição jurisdicional ao Poder Judiciário para julgar tais litígios significa admitir que tal Poder está interferindo no Poder Executivo, especialmente quando se trata de litígios envolvendo atos administrativos e fiscais. Por isso mesmo, alguns ordenamentos prevêem o sistema de contencioso administrativo, o qual, historicamente, conforme sua origem francesa, era entregue à própria Administração, o que só poderia ser qualificado como autotutela.²²²

222. Como salientado por José Carlos Vieira de Andrade, é “o modelo administrativista – chamado de ‘administrador-juiz’, de ‘autotutela’ ou de ‘jurisdição reservada’ ou ‘conservada’ –, em que a decisão final dos litígios administrativos compete aos órgãos superiores da Administração activa (“julgar a administração é ainda administrar”)”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direito administrativo e fiscal**.

Deste modo, sabe-se que o sistema do contencioso administrativo tal como visto nas suas origens, se fundava na doutrina da separação de poderes, sobretudo em função da desconfiança burguesa nos membros do Poder Judiciário, que pertenciam à nobreza.²²³

Nesse ponto, o problema do contencioso administrativo é dos mais complexos. É que a aplicação absoluta da doutrina da separação de poderes conduziria, de um lado, à conclusão de que o julgamento pelo Poder Judiciário dos litígios decorrentes de atos administrativos e fiscais significa intervenção deste no Poder Executivo; mas, de outro lado, permitiria concluir que o julgamento desses litígios por agentes do próprio Executivo significa que tal Poder exerceria função jurisdicional, que é específica do Poder Judiciário.

Sob outro enfoque, a inflexibilidade da aplicação da doutrina da separação de poderes resultaria em algo bem mais grave, qual seja a negação de jurisdição, na medida em que esta se caracteriza pela nota da substitutividade, vale dizer, pelo fato de o litígio ser resolvido por terceiro imparcial, jamais por uma das partes em conflito. Julgamento em causa própria não é solução de conflito, mas sim imposição unilateral.

Lições do 3º ano do curso de 1996/97. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 25. Ainda na linha do afirmado pelo ora referido autor, “foi o modelo liberal (ista), típico dos primórdios do sistema de administração executiva, fortemente centralizado e em que o ‘contencioso’ era visto como instrumento de realização do interesse público, na época concebido como interesse do Estado, estranho aos interesses sociais” (ob. e loc. cit.).

223. Como percebido por José Carlos Vieira de Andrade, “o modelo baseava-se em concepções de separação dos poderes que postulavam o carácter livre da actividade administrativa central (sujeita apenas a fiscalização política), fosse por privilégio (monárquico), fosse por ligação estreita do Executivo ao Parlamento (que representava o movimento democrático e revolucionário), revelando, em qualquer caso, uma certa desconfiança perante o poder judicial (de composição nobiliárquica e de tendência conservadora)”. ANDRADE, José Carlos Vieira. **Direito administrativo**..., cit., p. 25.

Deste modo, esta mesma doutrina da separação de poderes, aplicada de modo flexível mediante o sistema de freios e contrapesos, até mesmo para que possa ter aplicabilidade prática, serve na atualidade exatamente para dar solução contrária ao modelo original de contencioso administrativo, o que pode parecer um paradoxo.

Com efeito, como o Estado não tem porque abrir mão de sua soberania para permitir que todos os litígios administrativos em que esteja envolvido internamente sejam resolvidos por tribunais internacionais, e como ele é uma das partes em litígio, inevitavelmente o Estado julga o próprio Estado. No entanto, deve ser garantido ao cidadão jurisdicionado um julgamento justo e merecedor de confiança mediante a entrega da função jurisdicional a agentes independentes de outro Poder autônomo (o Judiciário), mediante um processo com direitos e garantias fundamentais, de maneira que esteja presente o sentido da substituição, a marca de um julgador terceiro, independente e imparcial.²²⁴

O sistema atual de contencioso seguido por alguns países não atribui à Administração a função de julgar em causa própria os litígios administrativos e fiscais entre o Estado e terceiro, o que, como visto acima, seria negar o direito de acesso à justiça, nem atribui tal função ao Poder Judiciário, mas sim a órgãos especiais. No entanto, tais órgãos, normalmente denominados de tribunais administrativos e fiscais, têm a mesma autonomia e independência atribuída aos tribunais judiciais, como também os seus agentes têm as mesmas garantias constitucionais atribuídas aos membros do Poder Judiciário. Do mesmo modo, o processo destinado a resolver tais litígios é realizado com observância dos mesmos direitos e garantias constitucionais pertinentes, tudo com o objetivo de garantir ao cidadão acesso à justiça mediante um processo equitativo.

Sendo assim, na essência, o modelo atual de contencioso administrativo não tem, na prática, nenhuma diferença do sistema dito judicialista. Dispor o constituinte no sentido de que esses tribunais integram ou não o Poder Judiciário não faz, na prática, a menor diferença. Seguramente, qualquer cidadão de Estado que adote o sistema de contencioso administrativo se sentirá tão protegido como qualquer cidadão de Estado que adote o sistema judicialista ao ter que se dirigir a tribunal administrativo, e não a tribunal judicial, para solução de litígio administrativo ou fiscal.

224. Esse foi o modelo, dito judicialista, seguido pelo direito brasileiro (cf. CF, art. 5º, XXXV).

No sistema atual de contencioso administrativo, apesar de os tribunais administrativos não integrarem o Poder Judiciário, tais tribunais, na prática, funcionam como uma espécie de justiça especial, como a justiça federal dos países que adotam a federação como forma de Estado, com a diferença de que, repita-se, essa justiça especial integra o Poder Judiciário.²²⁵ Isso porque tanto no sistema judicialista como no sistema administrativista todos os órgãos são instituídos pela constituição com atribuição de jurisdição limitada às matérias descritas na própria constituição.

Como visto, o sistema atual de contencioso administrativo garante acesso à justiça, de modo que tal fórmula nada mais é do que um apego nominal à tradição.

5.4. Sobre a condição do controle jurisdicional após o esgotamento de outras vias (jurisdição condicionada)

A condição do controle jurisdicional após o esgotamento de outras vias postas por determinado ordenamento jurídico (jurisdição condicionada) não significa, por razões óbvias, afastamento desse controle. É dizer: como a decisão do órgão encarregado de solucionar o conflito não é definitiva, de modo que quem não se conformou com a solução inicial pode postular o controle jurisdicional, não há que falar em negação do controle jurisdicional. No entanto, a solução de condicionar o controle jurisdicional ao controle prévio de outras vias pode resultar em problemas nos casos de demora excessiva na solução do litígio, somado ao fato de não previsão de tutela de urgência, quando necessária, sobretudo em caso de verificação dessa demora.

225. É o que corre no Brasil com a Justiça Federal, cuja competência, no entanto, é bem mais ampla, porque julga todas as causas envolvendo entes federais, e não apenas causas administrativas e fiscais, o que significa dizer que no Brasil a Justiça Federal é especial em relação à pessoa, mas não em relação à matéria. No que se refere aos entes não federais (Estados-membros, Municípios, suas autarquias e empresas) a competência é da justiça comum, a cargo dos Estados, apesar de normalmente as leis de organização judiciária destes criarem varas específicas, denominados em regra de varas da fazenda pública, para julgar causas nas quais tais entes figuram como partes.

Sendo assim, em princípio, é possível o condicionamento do controle jurisdicional ao esgotamento de via não jurisdicional, desde que seja fixado prazo razoável para a solução do litígio, bem assim que fique garantido o controle jurisdicional para medidas urgentes.

Para que o controle jurisdicional fique condicionado ao esgotamento de via não jurisdicional é necessário, no entanto, autorização expressa na própria constituição, não sendo, pois, suficiente mera disposição em lei sobre o assunto, porque se a lei maior dispões como direito fundamental a inafastabilidade do controle jurisdicional qualquer limitação a tal tipo de direito só pode ser autorizado por ela própria.²²⁶

5.4.1. O problema dos litígios desportivos no plano interno como exemplo de jurisdição condicionada

Em torno do problema da jurisdição condicionada merece especial destaque o problema dos litígios desportivos no plano interno, ou seja, sem envolvimento com as entidades desportivas internacionais. Aliás, não falta opinião no sentido de que os litígios desportivos nem mesmo deveriam ser passíveis de controle jurisdicional estatal, mas sim apenas de controle por parte de órgãos das próprias entidades organizadoras das atividades desportivas.

226. Na Constituição brasileira anterior constava que o controle jurisdicional em matéria administrativa ficava condicionado ao esgotamento da via administrativa (art. 153, § 4º). Tal tipo de dispositivo não consta na atual Constituição, de maneira que nenhuma lei pode dispor no sentido de estabelecer o condicionamento do controle jurisdicional ao esgotamento de via administrativa. Sobre litígios relativos às competições desportivas, conferir adiante.

Tem havido no ambiente desportivo uma forte reação ao controle jurisdicional estatal como mecanismo de solução de litígios desportivos, posicionamento esse que se fundamenta, em síntese, na lentidão da atuação da justiça estatal, o que é incompatível com a necessidade de soluções rápidas que os litígios desportivos exigem, e despreparo dos juízes estatais com os meandros específicos das questões desportivas.²²⁷

Como se vê, o problema dos conflitos desportivos envolve uma área sensível, de forte dissenso entre as entidades e pessoas em torno desse dilema, a exigir soluções equilibradas, importando distinguir o que é essencialmente desportivo e o que, embora decorrente dessa situação, tem implicações jurídicas comuns.²²⁸

Sem nenhuma dúvida, o desporto é de grande relevância para a sociedade. Tanto é assim que normalmente o Estado exerce sobre o assunto algum tipo de controle por meio de leis que disciplinam tais atividades, valendo aduzir que alguns ordenamentos jurídicos se preocupam em tratar da matéria a nível constitucional.²²⁹

227. Assim, por exemplo, diz Álvaro Melo Filho que “não será possível definir direito e aplicar justiça em função de matéria desportiva fora do mundo do desporto, sem o espírito da verdade desportiva, sem o sentimento da razão desportiva. Aquele que decidir questão originária do desporto, imbuído do pensamento formalizado nas leis gerais, terá distraído a consciência da justiça”. MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo no limiar do século XXI**. Fortaleza: ABC FORTALEZA, 2000, p. 170.

228. Como notado por José Manuel Meirim, “a matéria da resolução dos conflitos no âmbito do associativismo desportivo, particularmente no seio das federações desportivas, apresenta especial importância, sendo domínio onde, por vezes, se registram as relações de maior atrito entre a ordem jurídica pública e a regulamentação privada do desporto”. MEIRIM, José Manuel. **A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 663-664.

Ocorre que as práticas esportivas exigem regras próprias e específicas para cada tipo de esporte, inclusive no que se refere à parte disciplinar. Sendo assim, em princípio, parece-nos que é no mínimo razoável que se condicione o controle sobre esses litígios após o esgotamento das vias alternativas em determinado prazo.²³⁰

No entanto, não se pode esquecer que das práticas desportivas poderão surgir relações jurídicas de outra natureza (penal, civil, trabalhista, etc.). Evidentemente que essas relações jurídicas não se referem a litígios tipicamente desportivos (prática e disciplina desportiva), de maneira que nesses casos não há porque condicionar o controle jurisdicional estatal às vias alternativas de solução de conflito.

Entendemos que nada obsta a que cada Estado delibere que os conflitos tipicamente desportivos sejam resolvidos por uma justiça desportiva não estatal, sem possibilidade de acesso aos tribunais comuns. Essa justiça desportiva especializada pode ser estatal ou não estatal; e ainda que seja não estatal, dada a particular situação desses litígios meramente desportivos, não há motivo para que essa situação excepcional fique necessariamente sujeita a controle dos tribunais da justiça comum.²³¹

229. Assim, por exemplo, dispõe o art. 217, *caput*, da Constituição brasileira: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”.

230. Foi essa a solução adotada pela Constituição brasileira, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º do art. 217. Assim: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

Em verdade, não há como impedir que campeonatos sejam decididos fora das quadras ou dos estádios. Isso porque não raro os tribunais desportivos são chamados a decidir questões a respeito de competições, e por mais que lidem apenas com essa matéria, e por mais que se esforcem em decidir com o máximo de celeridade, nem sempre agem tempestivamente a ponto de evitar essa possibilidade. No entanto, de fato, pode-se dizer que é algo ridículo um juiz estatal se envolver num litígio desportivo para, por exemplo, inverter o resultado de um jogo de futebol por discordar do árbitro que anulou o gol de determinada equipe; ou anular as punições com cartão amarelo ou vermelho aplicado por esse mesmo árbitro a determinado atleta; ou decidir o resultado de uma competição desportiva invertendo resultados já ocorridos em campo.²³²

Com efeito, não há dúvida que há necessidade de instituição de uma justiça desportiva apenas para dirimir os conflitos tipicamente desportivos e regulamentação estatal do processo e do procedimento. No

particular, devem ser observadas as garantias processuais mínimas, sem descuidar da necessidade de soluções que se compatibilizem com o problema temporal inerente às competições desportivas, e mecanismos que garantam a independência e a imparcialidade dos juízes. Há, igualmente, necessidade de lei regulamentando a estrutura geral e a investidura dos integrantes da justiça desportiva.

231. Como anotado por Álvaro Melo Filho, “se a Justiça Estatal começar a envolver-se diretamente na disciplina das competições e a examinar decisões dos tribunais desportivos, muito em breve os jogadores estarão discutindo em juízo as punições que lhes são aplicadas pela comissão de corridas do hipódromo, as tripulações de barcos irão às últimas instâncias contra as decisões da liga náutica, e os campeonatos de basquete e futebol vão ser definidos mais na tribuna das cortes judiciais do que nas quadras e estádios”. MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo...**, cit., p. 170.

232. Como diz Iñaki Agirreazkuenaga, “*parece claro que los Tribunales ordinarios no pueden entrar a examinar si en un lance de juego ha habido o no «penalti», si éste debe lanzar-se desde once metros o desde cinco, si los saques de banda hay que hacerlos con la mano o con el pie, etc*”. AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. **Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte**. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: nº 57, ano 19, set/dez, 1999, p.35.

Do ponto de vista jurídico, é irrelevante se o Estado vai pagar ou não a conta dos gastos com esse órgão julgador. Para o contribuinte, no entanto, o tema é muito importante porque uma solução que não importasse em gastos para o Estado significaria maiores recursos para investimentos nas atividades estatais que exigissem maior atenção dos poderes públicos, inclusive no que se refere à própria função jurisdicional.

Veja-se que a solução de uma justiça desportiva especial cujo custo ficasse a cargo das entidades que organizam as atividades desportivas sem possibilidade de acesso aos tribunais estatais no que se refere à matéria estritamente desportiva (disciplina e competição desportiva) não significa inconstitucionalidade, porque isso não afasta a garantia de solução do caso a órgão jurisdicional independente e imparcial. Também não há que falar que tal solução significa desprestígio para a atividade desportiva, porque, ao contrário disso, tornando-se intangíveis as soluções dos conflitos estritamente desportivos por tribunais desportivos dá-se maior autonomia às entidades desportivas.

Sem dúvida que o que venha a ser **estritamente desportivo** envolve muita discussão, mas isso não pode ser obstáculo ao implemento de soluções jurídicas mais adequadas. Em tudo no direito há lugar para situações claras e bem definidas e situações complexas e duvidosas. De todo modo, o problema não encontra maiores dificuldades. Como já salientado, as relações entre atletas e clubes envolvem contrato de trabalho, o que significa dizer que os litígios decorrentes dessa relação ficarão a cargo exclusivamente da justiça estatal comum ou especial, onde houver. Não há negar que em determinada competição o mesmo fato pode ser ilícito desportivo, ilícito civil e até mesmo penal, de maneira que só ficará com a justiça desportiva a acusação de ilícito desportivo. Quem se sentir lesionado no plano civil deverá fazer sua postulação perante o juiz estatal civil. O mesmo sucede no plano penal. Assim, é possível afirmar que **estritamente desportivo**, em princípio, é tudo que se refere às regras do jogo com as consequentes providências de ordem disciplinar que eventual infração a essas regras exijam, a exemplo da expulsão de um atleta numa partida de futebol por jogo violento.²³³ Mas, no nosso modo de entender, as regras do jogo também abrangem situações mais amplas, a exemplo da infração cometida por determinada agremiação participante de determinada competição que coloca em campo atleta sem inscrição regular, conduta que com base no regulamento da competição acarreta sanção de perda de pontos conquistados. Essas condutas, porque afetam a disciplina desportiva, devem ser qualificadas como estritamente desportivas.²³⁴

Dir-se-á que o erro do juiz do desporto ficaria sem reparação judicial. Essa sustentação não tem sentido, vez que o erro, de boa ou de má-fé, é da condição humana, além do que há uma tendência de erro maior por parte do juiz estatal em causas de natureza desportiva por falta de conhecimento ou de experiência com o tema que vai decidir. Ademais, desde que fiquem preservados os princípios da independência e da imparcialidade dos juízes e do processo devido em direito, não é nenhuma novidade o fato de se atribuir

função jurisdicional a órgãos não integrantes da estrutura dos tribunais judiciais, conforme visto acima. De todo modo, é certo que nesses casos os órgãos julgadores integram o Estado. Resta apenas saber com quem ficará o encargo financeiro de tal despesa, mas do ponto de visto jurídico, como frisado acima, isso é o que menos importa. Esse encargo pode ficar a cargo do Estado ou não. Melhor para a sociedade como um todo que não fique com o Estado.²³⁵

233. Como assinalado por Iñaki Agirreazkuenaga, pode-se “*conceptuar estas reglas de juego como aquellas que ordenan la conducta de acción u omisión de los deportistas en las actividades de su modalidad y que, por ende, son de aplicación inmediata en el desarrollo de las pruebas o competiciones deportivas*”. AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. **Claves...**, cit., p. 35.

234. Neste sentido, ao propósito do que se pode denominar de estritamente desportivo, diz Álvaro Melo Filho, “são as condutas comissivas ou omissivas, que prejudiquem, de qualquer modo, o desenvolvimento normal das relações desportivas, ou atentem contra o decoro ou a dignidade, contrariando normas dos códigos de Justiça Desportiva”. MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo...**, cit., pp. 173-174.

Observe-se, na linha do acima exposto, que o Estado ficaria afastado do problema, sem prejuízo da sua atribuição de legislar quanto a organização, investidura e controle da atividade desses órgãos.

Note-se que até os conflitos comuns podem ficar a cargo de jurisdição alheia ao Estado com força de caso julgado, como é o caso da solução arbitral voluntária dos conflitos, apesar de que esse tipo de solução encontra limites na disponibilidade do direito e só terá possibilidade prática em caso de aceitação de todas as partes envolvidas. Os litígios desportivos seguramente estão no âmbito dos direitos disponíveis, de modo que sem prejuízo da justiça desportiva não estatal, também poderiam ser solucionados por via arbitral.²³⁶

Por último, se determinada decisão de tribunal desportivo causar dano a algum atleta ou a alguma agremiação desportiva qualificável como ilícito civil, ninguém poderá impedir o direito de postular indenização perante os tribunais estatais competentes.

235. Pensamos que essa foi a solução dada pelo direito brasileiro, por força da Lei nº 9.615, de 24.03.1998, alterada pela Lei nº 9.981, de 14.07.2000, que disciplina a justiça desportiva, sua estrutura, procedimento de investidura com previsão de autonomia e independência, bem assim ao atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório nos processos a cargo dessa justiça, cujo custo não fica a cargo do Estado (arts. 49 a 55). É hora de evoluir para eliminar completamente a possibilidade de acesso à justiça estatal comum nos casos de litígios estritamente desportivos, que, por sinal, são os únicos da atribuição da justiça desportiva.

236. Não se perca de vista que existem sistemas jurídicos que só permitem a solução de certos conflitos por meio da arbitragem necessária, embora essa solução seja bastante discutível ante o princípio do acesso à justiça. É o caso do direito português (ver abaixo).

5.5. Sobre a afastabilidade do controle jurisdicional estatal

5.5.1. Introdução

Existem situações de conflito que podem ser resolvidas fora do controle jurisdicional estatal. Essas resoluções, em princípio, dependem da vontade das partes litigantes. É o caso da arbitragem. Mas determinados ordenamentos prescrevem a chamada arbitragem necessária, o que significa dizer que a solução arbitral deve ocorrer independentemente da vontade das partes. É o que passaremos a analisar.

5.5.2. Solução arbitral por ato bilateral

O Estado exerce o monopólio da jurisdição, mas o fato é que determinados ordenamentos jurídicos permitem que as partes solucionem seus conflitos por meio de arbitragem.²³⁷ Nesses casos, discute-se se a solução de controvérsias por órgãos arbitrais viola ou não o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, discussão que se acirra nos ordenamentos que não prescrevem autorização expressa em tal sentido na constituição.

237. A Constituição brasileira não é expressa autorizando a arbitragem, mas não há nenhuma cláusula impeditiva e existe lei disciplinando tal instituto. É a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996, que permite a solução arbitral das controvérsias nos casos em que as partes são capazes e os direitos em jogo são disponíveis (art. 1º). Nesses casos é permitida a cláusula compromissória (cláusula inserta em determinado contrato para a eventualidade de surgir qualquer conflito relacionado com o próprio contrato – art. 4º) ou o compromisso arbitral, que é a manifestação de vontade escrita pela qual as partes que se encontram numa situação de conflito acertam a remoção deste pela via arbitral, renunciando, assim, a solução jurisdicional estatal (art. 9º). A Lei em tela prevê acesso à justiça estatal para exigência da solução arbitral caso uma das partes que a aceitou se recuse a instituir a arbitragem (arts. 6º e 7º). O árbitro, ou árbitros são contratados pelas partes, mas são considerados juízes de fato e de direito para o caso que vão solucionar, de maneira que a sentença proferida vale como título executivo judicial (arts. 13 e parágrafo 1º, 18, 23 e 31). Tal Lei, no entanto, não autoriza ao árbitro função jurisdicional executiva, como também não confere ao

árbitro o poder de conduzir testemunhas, de maneira que nessas hipóteses terá que se buscar solução perante o juiz estatal (arts. 29 e 22 e parágrafos 2º e 4º). Fica reservada às partes o direito de impugnação da sentença arbitral perante a justiça estatal nos casos excepcionais que a própria Lei descreve (arts. 32 e 33). Antes de tal Lei entrar em vigor, o Código

Se as partes que contrataram a solução arbitral são capazes e o ato de manifestação de vontade é lícito não há que falar, em princípio, em inconstitucionalidade de lei que autorize a instituição de arbitragem.

Pensamos, no entanto, que os ordenamentos que autorizam a solução arbitral dos conflitos deveriam prescrever exclusão de tal possibilidade nos contratos de adesão, ou então garantir a reserva de desistência da solução arbitral em favor da parte mais fraca. É que nesses contratos há evidente situação de inferioridade de uma das partes, qual seja aquela que recebe o contrato escrito pronto e acabado, não havendo alternativas para discutir qualquer dessas cláusulas. A solução de exigir a separação de cláusula contratual de previsão de solução arbitral destacada do próprio contrato é um engodo, porque na realidade a parte mais fraca continua sem alternativas e não pode deixar de celebrar determinados contratos, como o de transporte por via aérea para viagem de longo percurso.²³⁸

De outro lado, é bastante discutível a permissão de desistência da solução arbitral, ressalvado o quanto acima afirmado ao propósito do contrato de adesão. É certo que se a convenção de arbitragem é bilateral é razoável que a desistência de tal convenção também ocorra em regra bilateralmente. Ocorre, no entanto, que a circunstância da impossibilidade de desistência unilateral da solução arbitral, para não ser inconstitucional deve merecer do legislador maior transparência no sentido de que, para tanto, deve ficar claro no contrato ou no compromisso arbitral a circunstância da impossibilidade dessa desistência.

de Processo Civil previa a solução arbitral dos conflitos, mas o laudo arbitral dependia de homologação judicial.

238. No direito brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 previu tal solução (parágrafo 2º do art. 4º).

Sem prejuízo do quanto ora se afirma, não se pode afastar o direito de acesso à justiça para alegar a invalidade do contrato como um todo, da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a exemplo da arguição de vício de vontade.

5.5.3. O problema da chamada arbitragem necessária Determinados ordenamentos jurídicos prescrevem a arbitragem necessária como meio de solução de conflito.²³⁹

239. Cf. CPC português, artigos 1525º a 1528º. Exemplo de solução de conflito mediante tribunal arbitral necessário em tal ordenamento é o da expropriação litigiosa. Nesse caso, a Lei que regulamenta o assunto tem procedimento próprio, garantindo “recurso para os tribunais comuns”, mas ocorre que a expressão **recurso** se encontra aí no sentido técnico da palavra, ou seja, de impugnação a determinada decisão para o mesmo órgão ou para órgão hierarquicamente superior, e não no sentido amplo de acesso aos tribunais contra ato administrativo (direito de ação), o que importa em muitas consequências processuais limitadoras dos direitos fundamentais processuais do cidadão, além de outras limitações que esse procedimento apresenta. Trata-se da Lei nº 168/99, de 18 de Setembro, artigo 38º, 1. Ao presidente do tribunal da Relação da situação dos prédio ou de sua maior extensão cabe designar três árbitros, inclusive o que funcionará como presidente, dentre os peritos da lista oficial, podendo haver designação de mais de um grupo de árbitros, a depender da complexidade da matéria (artigo 45º). Empregada a palavra **recurso** no sentido técnico, a decisão arbitral vale como julgamento judicial estatal de primeiro grau, aplicando-se as limitações em matéria de recurso previstas no CPC (artigo 52º), apesar de que nesse recurso é amplo o direito à prova (artigos 59º a 66º). É vedado recurso do acórdão do tribunal da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça no que se refere ao valor da indenização (artigo 66º, 5). É assente nos tribunais portugueses, em especial no Supremo Tribunal de Justiça, que a arbitragem necessária de que trata o Código de Expropriações tem natureza jurisdicional. Informa José Lebre de Freitas que “só uma vez o STJ seguiu orientação diversa e, assimilando a arbitragem a um arbitramento, entendeu que a impugnação do seu resultado não era propriamente um recurso, mas o equivalente a um segundo arbitramento; Ac. do STJ de 22.11., BMJ, 181, p. 204”. **A citação dos interessados como garantia de defesa no processo de expropriação.** In *Estudos sobre direito civil e processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 44). A Constituição portuguesa dispõe que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos” (art. 202º, 4). Impõe-se analisar, em primeiro lugar, se a expressão **jurisdicional** se encontra no sentido de estatal. Forma não jurisdicional de solução de conflito significa que o conflito será resolvido mediante

Pensamos que a arbitragem necessária é inconstitucional ante o princípio do acesso à justiça, pelo menos em caso de negativa de recurso aos tribunais para questionar a decisão arbitral.

Há abismal distância entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária. Na primeira, como visto, ambas as partes aceitam a solução arbitral sabendo que a solução estatal está à disposição delas; na segunda, não está permitida às partes a solução estatal de composição do conflito. Deste modo, parece-nos claro que a previsão de solução de conflito mediante composição forçada, impõe que se garanta o

acesso à justiça para a solução jurisdicional estatal caso uma das partes não aceite a solução proposta. Se a arbitragem necessária é solução jurisdicional de conflito não se mostra conforme a constituição.²⁴⁰ De fato, fica difícil aceitar a natureza jurisdicional da arbitragem necessária, ao menos ante tantas limitações impostas aos direitos fundamentais processuais dos cidadãos.

Deste modo, a chamada arbitragem necessária para se ajustar à constituição impõe que se garanta amplo direito de defesa, devendo-se garantir o direito de impugnação à decisão arbitral em primeira instância.²⁴¹

Assim, não se garantindo todos os direitos constitucionais processuais ao cidadão na chamada arbitragem necessária ou não se garantindo o acesso aos tribunais estatais para questionar a decisão arbitral a partir de um tribunal de primeira instância, parece-nos que tal instituto não se ajusta ao princípio do acesso à justiça.²⁴²

autocomposição, ainda que com a intermediação de alguém (conciliador). A própria arbitragem voluntária é uma forma jurisdicional, embora não estatal, de solução de conflito, ou pelo menos como tal assim é considerada por determinados ordenamentos jurídicos, a exemplo do direito brasileiro.

240. Como percebido por José Lebre de Freitas, “o texto constitucional é inequívoco quando qualifica como não jurisdicional as formas de composição que admite fora do âmbito de exercício das funções dos tribunais. A arbitragem voluntária, fundada no reconhecimento da autonomia privada, não briga com a reserva da função jurisdicional aos tribunais; mas a consagração de formas de arbitragem forçada, que não tem o mesmo fundamento, constituirá violação da Constituição se se entender que implica o exercício duma função jurisdicional, maxime se nelas não for respeitado o princípio do contraditório”. FREITAS, José Lebre. **A citação...**, cit., p. 58.

241. Existe a possibilidade teórica no direito português de negação de acesso aos tribunais porque o CPC é aplicável nessa matéria caso lei especial que por acaso prescreva o julgamento arbitral necessário

5.6. Sobre a afastabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional em face de determinados atos ou relações

5.6.1. Introdução

Discute-se se determinadas situações de conflito são suscetíveis ou não de controle jurisdicional. Tais situações ocorrem, em regra, quando o Estado é uma das partes envolvidas no conflito. É o que sucede, por exemplo, com referência aos denominados atos políticos, direitos sociais, econômicos e culturais, atos *interna corporis*, ao mérito do ato administrativo e às relações sem qualificação jurídica Vejamos.

seja omissa quanto ao procedimento (artigo 1525º), enquanto o artigo 1528º do referido Código manda aplicar supletivamente o disposto na lei da arbitragem voluntária, e, de sua vez, a Lei nº 31/86, de 29 de agosto, que regula a arbitragem voluntária, dispõe que “a decisão arbitral, notificada às partes e, se for caso disso, depositada no tribunal judicial nos termos do artigo 24º, considera-se transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário” (artigo 26º). Nessa perspectiva, tem inteira razão José Lebre de Freitas quando observa que “só, portanto, após a fase pré-jurisdicional da arbitragem é que o processo de expropriação se jurisdicionaliza. E, quando tal acontece, não pode deixar de ter lugar um acto de citação ou uma notificação equivalente”. FREITAS, José Lebre. **A citação...**, cit., p. 60.

242. Como salientado por José Lebre de Freitas, “se outra interpretação pudessem ter as normas legais aplicáveis, estas seriam inconstitucionais e, por iludirem gravemente o direito de defesa, violadoras do art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do art. 6-1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Eis por que a própria natureza jurisdicional da fase da arbitragem, se fosse tese a perfilhar, implicaria que a notificação a que se refere o art. 50-4 do Código das Expropriações fosse configurada como uma notificação pessoal, a que se aplicam as normas disciplinadoras da citação, sob pena de inconstitucionalidade”. FREITAS, José Lebre. **A citação...**, cit., pp. 63-64.

5.6.2. Os atos políticos

O problema dos atos políticos (atos de governo), suas implicações jurídicas e a possibilidade ou não do seu controle jurisdicional é, seguramente, de máxima complexidade num Estado democrático de direito.

Na análise desse tema, necessário se faz, em primeiro lugar, delimitar o significado do conceito de **ato político**. Em sentido amplo, todo ato de órgão de soberania é ato político. Não é esse o sentido que estamos aqui a discutir, mas sim o sentido restrito do conceito, que aqui se coloca como premissa de abordagem. E nesse sentido restrito considera-se ato político aquele atinente à direção máxima, superior de governo, crucial para a comunidade como um todo e em conformidade com a constituição. Assim, por exemplo, atos mais corriqueiros no dia a dia do governo não são atos políticos, mas sim atos

administrativos, como, por exemplo, demissão de funcionário de carreira. Por outras palavras, os atos políticos decorrem direta e exclusivamente da constituição, podendo, inclusive, ter conotação concreta, enquanto os atos administrativos decorrem de lei infra-constitucional. Por isso mesmo, o ato político é passível de ser qualificado como inconstitucional e não simplesmente ilegal.²⁴³ Isso significa dizer que, de certo modo, a caracterização de determinados atos políticos como atos de governo depende de cada ordenamento jurídico. Vejamos alguns exemplos: decretação de estado de sítio, caso em que as constituições normalmente regulamentam com exclusividade a competência e todo o procedimento do ato;²⁴⁴ nos Estados que adotam o sistema federativo o decreto de intervenção, matéria também que se costuma regulamentar direta e exclusivamente na constituição;²⁴⁵ os atos de declaração de guerra e celebração da paz, os quais as constituições costumam atribuir competência para praticá-los, mas não traçam normas sobre as condições para tanto, sendo esta, no entanto, como não poderia deixar de ser, uma questão em branco, não detalhada em nenhum estatuto normativo, a ser resolvida segundo as circunstâncias dos casos concretos;²⁴⁶ o ato de demissão de ministros de Estado pelo chefe do Poder Executivo nos Estados que adotam sistema de governo presidencialista puro, ato esse que é praticado independentemente de qualquer fundamentação, porque tais agentes políticos são nomeados apenas pelo critério da confiança e, assim, são demissíveis *ad nutum*.²⁴⁷

243. Nessa perspectiva cf. Th. Ducrocq, para quem tanto a atividade administrativa como a atividade governamental seriam atividades executivas; mas, enquanto os atos administrativos constituiriam a execução de disposições legais ordinárias, os «atos de governo» representariam a execução de preceitos constitucionais. In **Cours de droit administratif**. 7ª ed. Paris: A. Fontemoing, 1897, tomo I, p. 88. Nesse sentido, QUEIRO, Afonso Rodrigues. In **Actos de governo e contencioso de anulação**. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: 1969, vol. XLV, pp. 25-26. No entanto, o posicionamento deste autor é no sentido de que tal tese só se aplica nos sistemas de constituição rígida. In **Actos de governo...**, cit., pp. 13-28.

Assim, percebe-se que num Estado democrático de direito todo ato político é ato jurídico, que deve ser praticado em conformidade com a constituição, de maneira que o problema do ato político não está envolvido na perspectiva do direito administrativo, mas sim do direito constitucional. Pode-se, portanto, afirmar que ato político sem conformação jurídico-constitucional é uma contradição nos termos, um incomensurável absurdo. Por isso mesmo, percebe-se aqui a grande importância que têm os tribunais constitucionais em torno destas questões, surgindo daí o problema consistente em saber se tais órgãos exercem apenas controle de constitucionalidade sobre normas gerais ou se tal controle se estende, quando for o caso, diretamente para atos políticos concretos. Sem embargo da atuação do tribunal constitucional, não se pode esquecer que quando determinado ato político atinge algum direito subjetivo individual nada impede sua apreciação por via incidental perante os tribunais comuns, seja no que se refere a vício de competência e de forma, seja no que diz respeito ao mérito.²⁴⁸

244. Cf. Constituição brasileira, arts. 84, IX, 137 a 139. Afirmo Afonso Rodrigues Queiró que “não devem considerar-se, substancialmente, «actos de governo» da competência do Executivo os actos de defesa pública interna ou da segurança interior do Estado porque disciplinados pela lei ordinária, nem as «providências tomadas em circunstâncias excepcionais», designadamente em «estado de sítio», mas distinguindo atos de declaração de guerra e cessação das hostilidades, que qualifica como “«actos de governo» respeitantes à «política externa», dos “actos jurídicos de condução da guerra externa”, que “não poderão considerar-se, materialmente, «de governo»”. **Actos de governo...**, cit., pp. 19-20.

245. Cf. Constituição brasileira, arts. 34 a 36 e 84, X.

246. Cf. Constituição brasileira, art. 84, XIX e XX.

247. Cf. Constituição brasileira, art. 84, I.

O fato de que todo ato político é um ato jurídico e que, assim, deve ser analisado a partir da constituição não significa necessariamente que todo e qualquer ato político seja passível de controle judicial.²⁴⁹

248. Nesse sentido, em termos, limitadamente aos vícios de competência ou de forma, Afonso Rodrigues Queiró, que diz: “Mas há uma hipótese em que qualquer tribunal tem necessariamente competência para apreciar, embora não em recurso directo, a regularidade jurídica dos «atos de governo», assim como, aliás, também, das próprias leis ordinárias, em tais termos que o legislador ordinário não pode afastar essa competência. É a hipótese de os «actos de governo» (e quem diz estes diz as leis ordinárias) estarem feridos do vício de incompetência do órgão que pratica esses actos ou de vício de forma que se traduza na violação de preceitos de processo ou propriamente de forma absolutamente essenciais à existência jurídica de tais actos – arguindo-se esses vícios por via de excepção, isto é, a título indirecto ou

incidental”. **Actos de governo...**, cit., p. 24.

249. Como anotado por Cristina M. M. Queiroz, após formular indagação de que é ou não possível conceber política como atividade *extra juris ordinem*, analisar os atos políticos exteriorizados como atos jurídicos-públicos verdadeiros, e se isso é ou não uma contradição aparente, “é esta interrogação que nos leva a encetar a reflexão sobre os “actos políticos” pela pré-compreensão dos conceitos de “constituição” e de “ordem política”. A partir daí abre-se-nos, indiscutivelmente, um campo de investigação mais vasto do que aquele que nos poderia ofertar a metódica tradicional, fundamentalmente orientada para uma perspectiva administrativista –, alheia, por

O que vem a ser ato político imune ou não imune de controle judicial não consta, nem poderia constar, em nenhuma norma jurídica expressa. Mas esse problema, como sói acontecer em toda e qualquer matéria jurídica, envolve situações de evidência e situações de complexidade.

Assim, há que ser encontrado em cada caso concreto um ponto de equilíbrio no sentido de que não se admita exagerada atuação judicial concretizadora de verdadeiro governo de juízes, mas também não se configure inadmissível omissão judicial em injustificável negativa de jurisdição (*non liquet*) frente a atos políticos desconformes com a constituição e que venham a causar sérios prejuízos à coletividade. Ao propósito, se o ato fere direitos individuais não há como falar em imunidade de jurisdição, apesar de que, conforme visto acima, a atuação jurisdicional se dá em caso como tais em caráter incidental nos órgãos jurisdicionais comuns. Mas existem atos políticos que podem afetar determinados interesses da sociedade como um todo. Em casos assim pensamos que o tribunal constitucional tem competência para apreciar tais atos políticos diretamente para, preliminarmente, afirmar se estão ou não sujeitos a controle judicial, e, sendo o caso, declará-los válidos ou inválidá-los. Fora daí, forçoso seria convir que se a constituição não previu tal competência expressa, todos os atos políticos seriam imunes de jurisdição, e assim se concederia absurdamente aos demais órgãos políticos o poder de agir contra a constituição, a não ser que a própria constituição expressasse que outro órgão teria poder jurisdicional para tanto.²⁵⁰ Alguns parâmetros podem ser encontrados como tentativa de superação desse complexo problema. Assim, pensamos que os tribunais constitucionais não podem ter, em princípio, atuação positiva no sentido de que não podem substituir os agentes do poder político na sua tarefa de governo, mas, sem perder de vista as peculiaridades de cada caso concreto, podem ter atuação negativa, no sentido de limitar ou impedir determinados atos políticos evidentemente desconformes com a constituição. É nessa linha de pensamento que se põe a *Political Question Doctrine*, originária da jurisprudência da Suprema Corte americana, que se fundamenta na ideia de que o controle de constitucionalidade das leis tem sua razão de ser na supremacia da constituição, sem, no entanto, poderem os tribunais constitucionais substituir as decisões dos agentes políticos.²⁵¹ No entanto, veja-se que esse dado dos atos omissivos e dos atos comissivos não resolve de todo o problema, bastando lembrar que na atualidade alguns ordenamentos conferem aos tribunais constitucionais atribuições para decidir a respeito de omissões do poder político, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁵²

consequente, a toda a possibilidade de conformação e acomodação do político ao domínio constitucional”. QUEIROZ, Cristina, M. M. **Os Actos políticos no estado de direito. O problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 26-27.

250. Nesse sentido, em termos, Afonso Rodrigues Queiró, ao declarar que “o Poder Constituinte pode, como dissemos, alterar este esquema de relações entre o Executivo enquanto «governo» e os tribunais, assim como pode proceder de igual modo em relação aos actos do Legislativo, à legislação ordinária, em suma. A constituição pode instituir um sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade dos «actos de

governo» e dos actos legislativos, conferindo aos tribunais em geral ou a um «tribunal constitucional» ou de «garantias constitucionais» o poder de anular, quando se mostre sofrerem do vício de inconstitucionalidade. **Actos de governo...**, cit., p. 21. No entanto, afirma o autor que “nada impede que a constituição institua imunidade jurisdicional de outros actos do Poder Executivo que não apenas os seus «actos de governo» materialmente caracterizados”. **Actos de governo...**, cit., p. 23. Adiante, assevera o mesmo autor que “os «actos de governo» não podem ser objecto de recurso directo de anulação, assim como as leis não podem, na generalidade dos sistemas jurídicos, ser objecto dessa mesma forma de impugnação, seja perante os tribunais em geral, seja perante um tribunal especial. Só a constituição, quer num caso quer no outro, poderia admitir semelhante forma de impugnação directa, como atrás dissemos”. **Actos de governo...**, cit., p. 24. Não concordamos com esse posicionamento, porque o próprio poder constituinte tem limites. Uma constituição que não instituisse um sistema de controle direto de constitucionalidade dos atos de governo (legislativos e executivos) por órgão independente e imparcial já não poderia ser qualificada como regulamentadora de um Estado democrático de direito. Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **InDireito constitucional...**, cit., pp. 887-889.

251. Como diz Cristina M. M. Queiroz, “o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis é uma consequência da “supremacia da constituição”, da sua primazia hierárquica e da sua vinculatividade. Mas que apesar disso, em caso algum, os tribunais se podem arvorar em substitutos do poder político democrático ou das decisões por este legitimamente tomadas, ainda que sempre as possam vir a paralisar ou até mesmo corrigir, quando desconformes à constituição”. QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos...**, cit. p. 211.

252. A Constituição brasileira disciplina o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos seguintes termos: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em trinta dias” (parágrafo 2º do art. 103). Nesse particular, percebe-se que a Constituição brasileira disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de modo a preservar a atuação dos outros órgãos políticos (Legislativo ou Executivo) enquanto órgãos competentes para praticarem o ato político (normativo) de que trata a decisão do tribunal constitucional. Por outras palavras, tal Constituição não atribuiu claramente ao tribunal constitucional o poder de determinar ao órgão competente (Legislativo ou Executivo) que pratique o ato normativo, muito menos o poder de praticar tal ato em caráter substitutivo na hipótese de descumprimento, sim apenas que dê conhecimento a estes do resultado do julgamento no sentido de que o ato deve ser praticado. Percebe-se, assim, que no ordenamento brasileiro preocupação de evitar tensões entre o Supremo Tribunal Federal e os demais Poderes, na medida em que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão não consta que o tribunal constitucional deve determinar a prática do ato político necessário e o prazo para tanto. Essa timidez está bem nítida na Constituição brasileira, porque quando se trata de ato a ser praticado por autoridade administrativa a linguagem é outra, isto é, fala-se em ciência para a prática do ato e prazo para tanto, o que significa dizer determinação para cumprimento. Entendemos que a decisão de tribunal constitucional pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como qualquer decisão de órgão jurisdicional, importa sempre em ordem para a prática do ato necessário. Como a Constituição brasileira não expressa prazo ao Legislativo e ao Executivo para cumprimento da decisão, isso não significa dizer que o tribunal constitucional não deva expressar tal prazo dentro dos critérios de razoabilidade que cada caso exige. Do mesmo modo, pensamos que o tribunal constitucional deve expressar na decisão as consequências do seu não cumprimento. Nesse caso, percebe-se que foi nefasta a solução constitucional de não regulamentar o assunto em tal sentido. Aliás, bem seria o caso de expressar a responsabilização política dos agentes encarregados da prática do ato ou a transferência de poder para tanto ao próprio tribunal constitucional, sendo mais razoável a segunda alternativa, porque a responsabilização política tende a se tornar inócua e, em consequência, ineficaz a decisão judicial.

Noutra perspectiva, existem atos comissivos em que os tribunais constitucionais percebem a dificuldade de atuação e preferem não examinar o mérito do ato. Aliás, a percepção dessa dificuldade de atuação se verifica quando os juízes chegam a conclusão de que não existem condições políticas ou mesmo práticas para o cumprimento da decisão, que restaria, mais do que ineficaz, desacreditada perante a Nação, de maneira que esse dado pode ser mais um parâmetro para se aferir se o ato político em questão é ou não susceptível de apreciação judicial.²⁵³Ocorre que essa circunstância, no entanto, também não é suficiente, por si só, para que determinado ato político seja caracterizado como imune de jurisdição, na medida em que isso pode representar um perigo para a sociedade nos casos que exigem atuação judicial e o tribunal constitucional prefere a auto-contenção por injustificável temor de desacreditação, não se devendo perder de vista que a imunidade de jurisdição dos atos políticos num Estado democrático de direito é exceção, e não regra. Imagine-se o ato de governo que suspenda o pagamento da dívida externa do país. Se tal ato for questionado perante um tribunal constitucional existirá condições práticas para cumprimento de eventual decisão judicial em sentido contrário? A resposta afigura-se, a nosso ver, ante as ponderações acima relatadas, como um caso de ato político imune de jurisdição, mas veja-se que esse tipo de problema, pelas suas implicações externas, só pode ser resolvido perante tribunais internacionais.

O fato é que ato judicial que comunica à parte que o mesmo deixou de praticar ato a que estava obrigado, mas não ordena que tal ato deve ser praticado em determinado prazo, sem que disso resulte consequências, tem natureza de recomendação, nunca de decisão. Nosso ponto de vista é no sentido de que, a despeito de omissão a Constituições brasileira nesse ponto, o tribunal constitucional pode e deve assim agir, de modo que a solução que se impõe em caso de descumprimento é o tribunal constitucional praticar o ato em substituição ao órgão político que deveria fazê-lo. Fora daí não há exercício de jurisdição, o que significa dizer que também não há ação nem processo. Com efeito, se o Tribunal Constitucional não estiver provido de tais poderes ao decidir pedido em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, forçoso é convir que tal instituto não fora inserido na Constituição brasileira para valer, o que seria profundamente lamentável. Veja-se que esse temor de tensões resulta num efeito inverso. É que a aparência de que a decisão do tribunal constitucional é mera recomendação propicia tal interpretação do encarregado de praticar o ato, preferindo manter sua conduta omissiva, enquanto o tribunal constitucional pode dar interpretação de que seu ato tem natureza de decisão e passe a exigir o cumprimento. Essa confrontação possível poderia resultar em confrontação política e grave crise institucional; isso talvez seja mais difícil de ocorrer se a Constituição expressasse claramente os efetivos poderes do tribunal constitucional. E se esse nosso posicionamento não é exato, melhor seria não dispor sobre o assunto para não gerar falsas expectativas.

253. Como salientado por Cristina M. M. Queiroz ao propósito da atuação dos tribunais constitucionais frente a determinados atos políticos, “no evitar de sentenças conflituosas que sabem de antemão não poderem ser cumpridas, reside a sua “autoridade” e “sabedoria” como jurisdição de controle”. QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos...**, cit., p. 219.

Em resumo, existe margem de atuação política que resulta em atos que apesar de não perderem a qualificação jurídica, são insuscetíveis de apreciação judicial, no plano interno, podendo, entretanto, ser objeto de apreciação no plano internacional. De outro lado, existem atos políticos que são suscetíveis de apreciação judicial, de modo que a recusa judicial em apreciá-los ao simples argumento de que são atos imunes de tal apreciação simplesmente porque atos políticos é negação de acesso à justiça. Saber quando tal imunidade se verifica ou não é algo a ser examinado em face das circunstâncias do caso concreto.²⁵⁴

254. Como salientado por Eduardo García de Enterría: “*Tan no es una inmunidad jurisdiccional la exclusión de esas dos especies de actos, que justamente, y esta me parece que es la prueba definitiva, resulta que los mismos son residenciables ante otras jurisdicciones con plena normalidad: los actos de relación internacional, ante los órganos jurisdiccionales internacionales; los actos constitucionales de relación con el Parlamento o con las Cortes ante los órganos de la jurisdicción constitucional, allí donde ésta exista. Cuán distintos, sin embargo, los demás pretendidos actos de gobierno! Los demás pretendidos actos de gobierno, todos los demás, creo que sin excepción, son actos administrativos puros y simples, solo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política), pero esta misma importancia lo que justificaría en rigor sería, precisamente, un análisis más cuidadoso de los mismos por la jurisdicción*”.

5.6.3. Os direitos sociais, econômicos e culturais

Parecidos com os atos políticos são os atos (omissivos ou comissivos) que envolvem os direitos sociais econômicos e culturais, tanto que a atuação do governo nessa seara é costumeiramente denominada de “políticas públicas”, como se existisse “política” que não seja “pública”. De fato, tais atos estão em linha semelhante aos atos de governo, mas seguindo a linha acima exposta, na realidade são atos administrativos.

O tema acentuou-se a partir do momento que em saímos do denominado Estado Liberal para o Estado Social, de maneira que as constituições passaram a prever ao lado dos denominados direitos fundamentais, os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção e assistência à maternidade, à infância e aos desamparados.²⁵⁵ Inevitavelmente surgiram e continuam a surgir demandas alusivas a tais direitos, ante a continuada omissão do Estado em atendê-los, em especial nos países com grandes diferenças sociais e econômicas.²⁵⁶

contencioso-administrativa, pero no proclamar su exención radical ante ésta”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).** In Revista de Administración Pública. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, may-ago/1962, nº 38, p. 186. Diz, em outro lugar, o referido autor que “sigo pensando, por ello, lo que hace más de treinta años expresé, cuando la idea democrática era apenas una visión esperanzada, esto es, que el Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo o evanescente, justicia frente a la cual el poder público, o más precisamente aún sus ocasionales (y justamente por son ocasionales) titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad”. In **Democracia, jueces y control de la administración.** 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 160.

255. Na atual Constituição brasileira, os direitos sociais são direitos fundamentais porque aparecem no Capítulo II, arts. 6º a 11 (o Capítulo I prescreve os direitos e deveres individuais e coletivos), incluídos no Título II sob o nome “Direitos e Garantias Fundamentais”.

256. Veja-se CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade.** Vol. I. Tradução e Notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 383-388.

Tanto quanto os atos políticos, os atos envolvendo direitos sociais, econômicos e culturais envolvem forte discussão a respeito da sua judicialidade.

A recusa à sindicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais por muito tempo se baseou no argumento de que não são direitos, sim meros estatutos de intenções de conotação política, filosófica ou moral.²⁵⁷

De outro lado, tal recusa se baseou na comparação dos direitos sociais, econômicos e culturais com os direitos civis e políticos afirmando-se que estes são direitos que geram obrigações negativas e de abstenção, enquanto aqueles envolvem obrigações positivas e, assim, gastos para sua efetivação.²⁵⁸

A partir de tal perspectiva, afirma-se que os direitos econômicos, sociais e culturais envolvem decisões políticas de quem tem legitimidade para tanto (o Executivo e o Legislativo). Por isso mesmo, não cabe ao

Judiciário definir tais políticas por meio de decisões judiciais, até porque estas não podem se tornar inócuas em função de falta de recursos para atender às demandas sociais, invocando-se a “teoria da reserva do possível” como porta de saída para não cumprimento dos deveres pertinentes. Quando não é assim, surgem expressões pejorativas sobre o Judiciário como “ativismo judicial” ou “judicialização da política”.

A tese de que os direitos sociais, econômicos e culturais são cartas de intenções não resiste à menor análise. Não faz sentido prescrever determinados direitos na constituição e qualificá-los como outra coisa que não seja direito, ainda mais se os qualificamos como direitos fundamentais. Sem dúvida, que tal tipo de tese só contribui para afastar a credibilidade de qualquer ordenamento jurídico que se preze. O ordenamento que não reconhecer determinados direitos como tais, melhor não reconhecê-los.

257. Para uma referência e uma crítica a tal tese, veja-se FAYT, Carlos S. **Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad; el legado del siglo XX y los desafíos del siglo XXI**. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 2.

258. Veja-se, por todos, HAYEK, Friedrich A. von. **Derecho, legislación y libertad**. Vol. II. *El espejismo de la justicia social*. Madrid: Unión Editorial, 1979, cap. 9.

Com efeito, se estamos tratando de violação a direitos não há dúvida que quem sofre tal violação pode postular ao juiz competente a realização dos mesmos.²⁵⁹

A tese de que os direitos sociais, econômicos e culturais são prestacionais, e por isso o cumprimento dos mesmos envolve custos, e que os direitos civis e políticos são meras abstenções, e por isso não envolve custos, é uma falácia. Essa diferença não faz sentido, na medida em que tanto uma como outra categoria de direitos pode envolver prestações e abstenções, bem assim podem envolver gastos ou não. Nada mais custoso do que garantir os direitos de liberdade e de propriedade, especialmente nas sociedades com forte desigualdade econômica e social, na medida em que, quanto maior esse fosso, maiores os gastos com os serviços de polícia e justiça para garantir tais direitos, normalmente em favor das classes mais privilegiadas da sociedade. De outro lado, nada menos custoso do que a determinação judicial de não implementação de obra pública que poluirá o rio que abastece determinada cidade de água potável ou de evitar a destruição de determinado imóvel considerado como patrimônio histórico e cultural.²⁶⁰

259. No direito brasileiro é ampla a possibilidade de ação popular, sem prejuízo da ação civil pública por outros legitimados, na linha do que ora se expõe, à luz do que dispõe o inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal. Assim: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Apesar de na letra do dispositivo ora transcrito constar apenas “anular”, é evidente que esta lesão ao patrimônio público pode ocorrer, como bem revela a experiência prática, ante conduta omissiva da Administração, a permitir demanda judicial em que o autor formule pedido para que se determine ao agente responsável a prática do ato no sentido de afastar a lesão. Tanto é assim que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que regulamenta a ação civil pública, para grande parte dos mesmos objetivos (cf. art. 1º) deixa claro que a “a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º).

Aliás, só uma visão míope de atuação governamental não percebe que, por exemplo, o que se deixa de investir em direitos sociais, em especial em educação, será duplamente investido em polícia, em justiça, em casas de custódia de menores e prisões, que não raro funcionam como escolas do crime, desprezando-se a pessoa humana enquanto bem mais valioso de qualquer nação. Então, quando é o caso de atender às demandas clamadas pelas classes menos privilegiadas da população, surgem discursos e teses como escassez de recursos, reserva do possível, incompetência e ilegitimidade do Judiciário, etc.

Em verdade, como fica fácil perceber, o problema é de opção política a partir da própria lei orçamentária. Se quem deve fazer a opção correta – tributar mais quem mais pode pagar e aplicar mais verbas em atenção a quem mais necessita – assim não o faz, resta ao Judiciário, quando provocado e mediante o devido processo legal, atribuir direitos a quem sofreu violação dos mesmos.

A tese neoliberal é um falso discurso de defesa da democracia, porque só podemos dizer que um Estado é verdadeiramente democrático se a atuação estatal nesse sentido ocorre numa perspectiva ampla, ou seja, política, econômica e social. E se é assim, o ponto de referência da democracia está na garantia

pelo Estado de educação de qualidade a todos os cidadãos. Se isso não ocorre, não se pode falar em liberdade, muito menos no começo ou tentativa de igualdade de oportunidades. Isso significa dizer que esse conceito de democracia é limitado e enganoso, ou seja, na prática só saiu da concepção clássica de democracia vivenciada na Grécia antiga no papel, porque quem não vive com dignidade, quem não tem a mesma oportunidade que os privilegiados de sempre, na prática não participa do processo democrático, apesar de iludido pelo simples direito de votar.

260. Nesse sentido, ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trota, 2002, pp. 21-37.

Por isso mesmo, o discurso da falta de competência e de legitimidade do Judiciário para decidir casos envolvendo direitos sociais, econômicos e culturais está a caminho da derrocada, seguindo o mesmo processo histórico do que ocorreu com os problemas do controle judicial dos atos administrativos e de constitucionalidade das leis.²⁶¹ É que nessas questões, como em qualquer outra em que há violação de direitos, sem Judiciário não há espaço para se falar em Estado democrático de direito. Se determinados direitos violados não podem ser reparados por decisão do Judiciário, já não se pode mais qualificar este como um verdadeiro poder e já não mais se pode falar em democracia.

É certo que a luta da realização dos direitos sociais deve ocorrer antes de tudo no espaço político. Mas dúvida não pode haver que o espaço da jurisdição não pode ser afastado.

Também não se pode perder de vista que o espaço judicial preferencial deve ser o da tutela coletiva, mas casos existem em que a tutela individual não pode ser afastada.

De outro lado, esse espaço de atuação é difícil, tormentoso e complexo, de maneira que os juízes devem atuar nesse campo com redobrado cuidado e maior equilíbrio, inclusive para que suas decisões não caiam no vazio.²⁶²

Se o modo de investidura dos juízes não se dá pelo voto popular, o discurso da falta de legitimidade do Judiciário é vazio. O Judiciário não determina o procedimento da investidura dos juízes, sim o constituinte, que deve ter suas razões para estabelecer os procedimentos que prescreveu. A defesa da tese de que o Judiciário não pode decidir questões a respeito de direitos sociais, econômicos e culturais, é repetição da cantilena liberal com raízes na revolução francesa a respeito da não judicialidade dos atos administrativos e dos atos políticos. No fundo, essa não é uma discussão sobre o direito, mas sim ideológica com repercussão jurídica.

261. Veja-se ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos...**, cit., pp. 37-47.

262. Veja-se BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas**. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 190, ano 35, dezembro-2010, pp. 68-70.

5.6.4. O mérito do ato administrativo

O problema da possibilidade ou impossibilidade de os tribunais judiciais examinarem ou não o mérito do ato administrativo é semelhante ao mesmo problema atinente aos atos políticos, mas em proporção evidentemente menor, o que, consequentemente, resulta em menor dificuldade na sua solução.

A doutrina mais tradicional firmou posição no sentido de que os tribunais não podem examinar o mérito do ato administrativo, mas apenas a legalidade do ato. Tal tese se fundamenta na assertiva de que o juiz não pode substituir o administrador, de maneira que quando possível tal exame, o máximo que se permite ao juiz é impedir ou anular o ato ilegal.²⁶³

Conforme visto acima, essa doutrina é a mesma que justifica o sistema originário de contencioso administrativo, cuja sustentação está na teoria da separação de poderes, no nosso entendimento, de forma deturpada, tendo como característica central a velha assertiva de que o juiz não pode substituir o administrador.

263. Nessa linha de pensamento afirma, por exemplo, Seabra Fagundes que “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder

Judiciário, nele penetrando, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’”. FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 147. Adiante diz o ora referido autor que “o controle jurisdicional se torna oportuno quando os efeitos do ato administrativo incidem sobre o administrado (excepcionalmente, quando esteja na iminência de incidir) e tem como resultado obstá-los, uma vez reconhecida a ilegalidade”. FAGUNDES, M. Seabra. **O controle...**, cit., p. 156.

Assim, segundo essa doutrina, o máximo que se concede aos tribunais é o poder de examinar a legalidade do ato, valendo ressaltar que tal exame se limita à competência e à forma.

Ocorre que, mais amplamente do que o ato político, normalmente o ato administrativo atinge direitos individuais, e a ilegalidade do ato também pode ocorrer no âmbito substancial. De outro lado, todo ato jurídico concreto se põe no plano dos fatos. Se assim é, afirmar que os tribunais não têm o poder de examinar a legalidade do ato administrativo no seu aspecto substancial é o mesmo que afirmar que os agentes da Administração têm o direito de praticar ilegalidade contra o cidadão sem qualquer possibilidade de controle jurisdicional, o que se afigura absurdo num Estado democrático de direito. Como é logicamente impossível apreciar a legalidade ou ilegalidade substancial de ato jurídico de qualquer natureza sem examinar os fatos, afigura-se insustentável a tese de que o mérito do ato administrativo não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. Aliás, mais razão há para o Judiciário aprofundar o exame do mérito do ato administrativo porque, praticado por agente público, deve ser fundamentado. E diferente não pode ser porque o juiz deve examinar o mérito do ato não apenas com relação aos fatos em si para aferir sua legalidade, mas também seus motivos e sua motivação, inclusive para averiguar se houve desvio de poder ou de finalidade.

A doutrina tradicional não tem razão suficiente para ser aceita nem mesmo no que se refere a ato administrativo discricionário, muito menos em relação a ato administrativo vinculado. É que a discricionariedade administrativa não significa que o administrador pode escolher qualquer das situações possíveis, sim que deve escolher aquela que menos afete ao direito do cidadão e que seja mais relevante para o interesse público, o que pode muito bem ser apreciado pelo juiz ao investigar os motivos e a motivação do ato, uma vez que decisão administrativa discricionária, por não ter como ser arbitrária, deve ser fundamentada.

Também é de ser tida como superada a tese de que o controle judicial se limita a afastar os efeitos do ato. A realidade demonstra que pode o juiz determinar à Administração a prática de determinado ato. Assim, não pode pairar dúvida de que, para corrigir atos administrativos injustos, o juiz pode e deve, por exemplo, absolver um funcionário que fora punido injustamente pela Administração ou substituir a pena aplicada por outra menos gravosa.

Assim, dizer que existem atos administrativos (omissivos ou comissivos) passíveis de atingir direitos individuais ou coletivos imunes de apreciação pelos tribunais quanto ao seu mérito, é algo que não se sustenta na atualidade num Estado democrático de direito.²⁶⁴

Definitivamente, dizer que o juiz não pode examinar o mérito do ato administrativo é o mesmo que negar acesso à justiça àquele que teve seu direito violado ou ameaçado de violação por ato praticado por algum agente público.

5.6.5. *Os atos interna corporis*

Tem-se também discutido na doutrina e na jurisprudência a respeito da imunidade jurisdicional dos denominados atos *interna corporis*.

264. Como salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello, após descrever diversos exemplos caracterizadores de desvio de poder em relação ao mérito do ato administrativo, “em todos esses casos, a autoridade haverá desbordado o ‘mérito’ do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera discricionária para invadir setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicável, pena de considerar-se o direito como a mais inconsequente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83.

Costuma-se relacionar os atos *interna corporis* a atos de órgãos legislativos e, em geral, de órgãos colegiados.²⁶⁵ No entanto, o tema é mais amplo, na medida em que pode abranger entidades, a exemplo de partidos políticos e até entidades de direito privado, como associações, sindicatos, etc.

Atos *interna corporis*, como o nome sugere, são aqueles praticados no âmbito de determinado órgão ou entidade, relacionado com o próprio órgão ou entidade e seus componentes, desde que não diga respeito a direitos subjetivos desses componentes. Assim, se o ato envolve terceiros, não pode ser qualificado como *interna corporis*.

O grande problema envolvendo tais atos está em saber se os mesmos efetivamente são imunes de apreciação judicial.²⁶⁶ Deste modo, impõe-se examinar esse tema com muito cuidado para não se incorrer no grave erro de negar direito de acesso à justiça.²⁶⁷

265. Diz, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho que “atos *interna corporis* são aqueles praticados dentro da competência interna e exclusiva dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 812.

266. Afirma HELY LOPES MEIRELLES que “os *interna corporis* das Câmaras também são vedados à revisão judicial comum”. No entanto, esclarece adiante o referido autor que “é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidade, ilegalidades e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é ao mesmo tempo destinatária e juiz supremo de sua prática”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pp. 612 e 613.

267. Como adverte Lúcia Valle Figueiredo, “a afirmação de que os chamados *interna corporis* não se submetem a controle jurisdicional deve ser feita com demasia de cuidados porque, ainda assim, será pouco. E será pouco porque nota-se, e nitidamente, que a trilha a percorrer, a fim de se dar o justo dimensionamento ao conceito e possibilitar que ditos atos não sirvam ao arbítrio tão repudiado pelos regimes democráticos, será a mesma percorrida pelo ato discricionário, também inicialmente entendido como não passível de controle jurisdicional, a não ser em casos quase teratológicos”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Do mandado de segurança**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 98-99.

Com efeito, no âmbito das casas legislativas o debate se põe, via de regra, em relação ao próprio procedimento legislativo e aos conflitos envolvendo os parlamentares no exercício da sua função e os dirigentes destes órgãos. Nesse ponto, alguns se posicionam no sentido de que caso se invoque violação à constituição ou a alguma lei tal ato violador é impugnável por via judicial, o mesmo não ocorrendo em caso de discussão a respeito do regimento interno do órgão.²⁶⁸

268. Essa tese vem sendo adotada sistematicamente no Brasil pelo Supremo Tribunal, conforme se depreende dos casos narrados a seguir. No Mandado de Segurança nº 24831-DF, julgado dia 22.06.2005, acolheu-se o pedido ao argumento de que no que se refere ao direito da minoria opositora em participar de comissão parlamentar de inquérito é tema que extrapassa os limites *interna corporis* das Casas Legislativas, nos termos do artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal. No Mandado de Segurança nº 24642-DF, julgado dia 18.02.2004, apesar da rejeição do pedido, afirmou-se que “o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional”. No Mandado de Segurança nº 24356-DF, julgado dia 13.02.2003, inadmitiu-se o mandado de segurança ao fundamento de que “se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo”, valendo aduzir que nesse caso o conflito envolvia um cidadão, que apresentou representação por desvio de conduta ética contra uma deputada, e o presidente da Câmara dos Deputados contra o ato de arquivamento da referida representação. No Mandado de Segurança nº 22494, julgado dia 19.12.1996, inadmitiu-se o mandado de segurança contra ato da Mesa do Senado, com o seguinte fundamento: “Pedido não conhecido quanto ao fundamento regimental de ofensa ao § 1º do art. 145, do RI-SF (indicação, no requerimento, do limite das despesas a serem realizadas pela CPI) por se tratar de matéria *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedente: MS 25.503-3-DF. Pedido que poderia ser conhecido, em parte, nos limites do fundamento constitucional de ofensa ao art. 58, § 3º, da Constituição (indicação, no requerimento, do fato determinado a ser apurado pela CPI)”. No Mandado de Segurança nº 21374-DF, julgado dia 13.08.1992, decidiu-se pela inadmissão do mandado de segurança, tendo o acórdão a seguinte

Pensamos que esse fundamento não pode ser aceito. Obviamente que se determinado ato está em desconformidade com a constituição contém vício de maior gravidade do que ato que fere o regimento interno do órgão. Acontece que regimento interno também é norma disciplinadora de relações jurídicas, de maneira que deve ser expedido em conformidade com normas hierarquicamente superiores e, assim, não pode ofender direitos subjetivos. Assim, nem de longe pode ser tido como *interna corporis*, ainda que fundado em regimento interno, o ato que diz respeito a pessoas estranhas ao órgão, a exemplo do arquivamento de representação apresentada por algum cidadão contra parlamentar. É que, em princípio,

se o ordenamento jurídico conferiu ao cidadão legitimidade para oferecer representação, também confere legitimidade para acompanhá-la e vê-la frutificar.²⁶⁹

ementa: “Mandado de segurança que visa a compelir a Presidência da Câmara dos Deputados a acolher requerimento de urgência urgentíssima para discussão e votação imediata de projeto de resolução de autoria do impetrante. Em questões análogas à presente, esta Corte (assim nos MS 20.247 e 20.471) não tem admitido mandado de segurança contra atos dos Presidentes das Casas Legislativas com base em regimento interno delas, na condução do processo de feitura de leis”. No Mandado de Segurança nº 20509-DF, julgado dia 16.10.85, decidiu-se pelo não conhecimento do mandado de segurança, cujo acórdão tem a seguinte ementa: “Mandado de segurança contra deliberações do Presidente da Câmara dos Deputados, relativas a composição de comissões e a distribuição do tempo para comunicações em Plenário, atendendo a parlamentares fundadores de partido político ainda não registrado. Atos *interna corporis*, proferidos nos limites da competência da autoridade dada como coatora, com eficácia interna, ligados à continuidade e disciplina dos trabalhos, sem que se alegue preterição de formalidade, atacando-se, ao invés, o mérito da interpretação do Regimento, matéria em cujo exame não cabe ao Judiciário ingressar” (pesquisado na Internet no site <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa/.asp>).

269. Como observado pelo Ministro Marco Aurélio (membro do Supremo Tribunal Federal), exatamente em julgamento de caso envolvendo esse exemplo, “o tema apresenta-se fronteiro quanto a ter, ou não, aquele que representa contra parlamentar, considerado um desvio de conduta, o direito a acompanhar o processo, de ver observadas as balizas do processo tal como definidas no Regimento Interno. E, aí, permito-me também divergir, para admitir o mandado de segurança, até mesmo sinalizando sobre o alcance amplo da cláusula constitucional de acesso ao Judiciário”. Parte do voto vencido no julgamento do Mandado de Segurança nº 24356, referido em nota acima.

Se a pessoa que quer questionar o ato é algum membro do órgão, também é irrelevante, por si só, para qualificá-lo como *interna corporis* para o fim de imunidade jurisdicional. Importa saber também aqui se há invocação de algum direito subjetivo de quem questiona o ato de dirigente do órgão, tendo-se como direito subjetivo violado não apenas aquele que atinge a vida pessoal do componente do órgão, mas também aquele que dificulta ou impede a atuação desse componente enquanto tal.²⁷⁰

Fora do âmbito legislativo, caso de maior indagação se refere a ato praticado por partido político em convenções partidárias para o fim de escolher os seus candidatos que irão concorrer a cargos eletivos do Estado, que aparenta ser mais imune ainda a controle jurisdicional.

270. Como salientado por José dos Santos Carvalho Filho, “como não pode existir ato sem controle, poderá o Judiciário controlar esses atos internos e exclusivos quando contiverem vícios de ilegalidade e constitucionalidade ou vulnerarem direitos individuais”. CARVALHO FILHO, José Santos. **Direito administrativo**. Cit., pp. 810-812. Em idêntico sentido pondera Cristiano Viveiros de Carvalho que “a exclusividade decisória da casa legislativa com respeito a tais matérias não a torna imune ao respeito às regras gerais estabelecidas para o Estado, ou livre de qualquer tipo de controle ou crítica por parte dos demais poderes, principalmente o Judiciário. Evidentemente, também o legislador sujeita-se aos princípios e normas firmados na Constituição. Não teria sentido, ademais, do ponto de vista lógico-racional imaginar que as regras do processo legislativo, ou as normas regimentais, não precisassem conformar-se a princípios gerais como por exemplo o da moralidade, o da proporcionalidade ou razoabilidade que, de resto, adstringem todos os poderes do Estado”. CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, pp.105-106. Em igual linha de pensamento afirma André Del Negri que “se a lei deve ser produzida por meio do Devido Processo Legislativo, que, por sua vez, é caracterizador da existência de um Estado de Direito Democrático, deve, na tramitação de um projeto, haver rigorosa vinculação às regras regimentais, que são modelos de procedimento legislativo cuja validade só se configura pela harmonização com o devido processo constitucional”. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo. Teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, pp. 102-103.

Não vem aqui ao caso discutir se partido político é ente de direito público ou de direito privado. O que se deve ter como relevante nessa questão é que nos países democráticos os partidos políticos são indispensáveis na participação política, uma vez que é a partir deles que são apresentados à nação os candidatos aos cargos políticos mais importantes. Não se pode negar que a escolha de candidato em convenção partidária é ato político e discricionário praticado pelos legitimados dentro de partido político. Isso fica mais claro quando há excesso de candidatos em relação às vagas possíveis nas eleições proporcionais, restrição essa que é mais marcante nas eleições majoritárias. Seja como for, se houver provocação do Judiciário este não pode se imiscuir no mérito da escolha. No entanto, não se pode perder de vista que os partidos políticos estão sujeitos à lei, inclusive no que se refere à escolha de candidatos, de maneira que no tocante ao procedimento legal de escolha, ou mesmo o veto descabido a alguma candidatura, torna o ato passível de apreciação judicial.²⁷¹

271. Como salientado por Luiz Ismaelino Valente: “A escolha de candidatos em convenção não é uma questão exclusivamente *interna corporis*. Ela ultrapassa os domínios do partido e projeta-se na vida comunitária. Desse ato depende a participação do partido na disputa pelos cargos eletivos. Essa é uma das facetas do *status civitatis*, da cidadania, do *jus honorum*, que não se restringe ao querer da agremiação

política”. E logo adiante: “É preciso confinar os *interna corporis* em sua justa moldura e não alargar o conceito a dimensões insuportáveis, a ponto de excluir da apreciação jurisdicional o ato ilegal que lesa direitos. Ainda mais quando a ilegalidade praticada no aconchego da corporação (como é o caso da escolha de candidatos por órgão partidário ilegítimo ou convenção fraudulenta) repercute, necessariamente, no campo dos direitos políticos, de caráter eminente público. A decisão judicial que, a pretexto de proteger os *interna corporis*, mata no nascedouro o *due process of law* e impede a discussão sobre a legalidade do ato convencional de escolha de candidatos eivado de nulidade, menospreza os interesses superiores da coletividade e os subordina aos interesses subalternos do partido”. VALENTE, Luiz Ismaelino. **Impugnação de convenção partidária: questão interna corporis?** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n° 45, set. 2000. Disponível em: «<http://jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=1526>». Acesso em 01 set. 2006.

Em resumo, não se pode afirmar *a priori* que os atos *interna corporis* são imunes a controle jurisdicional, vez que tal generalização pode resultar em negação do acesso à justiça. O fundamental em relação a tais atos é saber se se invoca violação de algum direito subjetivo, não tendo a mínima importância o tipo de norma em questão nem o fato de o impugnante ser componente do órgão que praticou o ato que se quer atacar ou mesmo se referir a suas funções como integrante desse órgão.

5.6.6. *Relações sem qualificação jurídica. Retorno às denominadas condições da ação e aos pressupostos processuais: a impossibilidade jurídica do pedido em situação de evidência como pressuposto processual*

Nem toda relação humana é relação jurídica; o que não se considera ilícito ou dever jurídico se qualifica como faculdade. É exatamente aí que se diz que o ordenamento jurídico é hermeticamente pleno. O que escapa do plano jurídico se insere em outras esferas, a exemplo das relações morais, religiosas, etc.

De outro lado, há quem fale numa quebra da **estadualização** do direito quando se verifica a atuação de diversas entidades ou organizações com normas próprias completamente à margem do Estado.²⁷²

272. Assim, por exemplo, diz Paulo Otero que “independentemente da situação específica do Direito resultante da Comunidade Internacional, a verdade é que existe ainda todo um conjunto de ordenamentos jurídicos específicos ou “particulares”, provenientes de diversas estruturas organizativas sem qualquer ligação interna com o Estado, dotadas que estão tais entidades de uma total independência decorrente da natureza do seu estatuto internacional e não governamental, tal como sucede, por exemplo, com o Direito Canônico, enquanto expressão de todo um ordenamento originário da Igreja Católica, ou com o Direito Desportivo proveniente de organizações desportivas internacionais (v. g. a FIFA a UEFA e Comité Olímpico Internacional”. OTERO, Paulo. **Lições de introdução ao estudo do direito**. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999, vol. I, 2º tomo, p. 30.

Em verdade, pensamos que essas normatizações não são jurídicas, porque não produzidas dentro de determinada ordem jurídica estatal nem para valer perante esta.

De outro lado, essas regulamentações também não podem ser consideradas jurídicas no plano do direito internacional porque estes organismos não são entes estatais integrantes da comunidade jurídica internacional.²⁷³

As normas de direito canônico produzidas hoje pela Igreja Católica e seus tribunais eclesiásticos não são jurídicas porque apenas vinculam aqueles que se submetem a tal organização. O mesmo ocorrendo com as entidades desportivas internacionais e seus tribunais próprios. Trata-se de margem de atuação que o Estado não tem como interferir.

Com efeito, se alguém, por exemplo, professa a religião católica e se casa segundo os ditames da sua Igreja e do Estado, e tem motivo para pedir num tribunal eclesiástico a anulação do casamento religioso, obtendo êxito, para o Estado essa anulação é absolutamente irrelevante

No caso das entidades desportivas internacionais, para o Estado é juridicamente indiferente a atuação das mesmas, porque tal atuação ocorre fora de suas fronteiras. Ademais, as entidades desportivas internacionais têm como associadas entidades desportivas locais que assim o desejaram e que livremente se submeteram às normas internas daquelas organizações.

Deste modo, para cada ordem jurídica estatal, as relações desportivas envolvendo organizações internacionais e as relações religiosas não são jurídicas, mas meramente sociais. Soa ridículo um católico se dirigir ao Judiciário para questionar ato de tribunal eclesiástico católico que, por exemplo, anulou seu casamento religioso,²⁷⁴ ou uma confederação querer anular perante o Judiciário de

determinado Estado um jogo pelo campeonato mundial de futebol validado por um tribunal da FIFA.

273. É claro que o Estado do Vaticano integra a comunidade internacional, mas é preciso distinguir os atos de Estado dos atos praticados pela Igreja Católica enquanto entidade religiosa.

Em todos esses casos estamos diante de relações morais, religiosas ou meramente sociais, sem qualquer qualificação jurídica. Em todos eles temos uma situação que se caracteriza como falta de pressuposto processual de constituição do processo (falta de postulação com o mínimo de seriedade); dada a evidência de que não há relação jurídica a solucionar, o juiz não tem o que julgar, ou seja, não tem jurisdição a exercer, o que significa dizer que, na linha do exposto acima, também não existe ação nem processo. Evidentemente que se do resultado de determinada conduta de entidade religiosa ou entidade desportiva internacional houve ilícito qualificado como jurídico (civil, penal, etc.), não se pode negar acesso aos tribunais estatais para solução desses conflitos.

274. Veja-se, em sentido contrário, GUZZETTA, Giovanni. **Considerazioni sui rapporti tra libertà di associazione, potere delle confessioni religiose acattoliche e diritti dei fedeli alla tutela giurisdizionale.** In *Diritto e Società*, Padova, 1999, 1, pp. 29-85.

Capítulo VII

Acesso à justiça e os princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à produção de prova obtida por meios lícitos

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Conteúdo jurídico dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação a terceiros (extensão subjetiva). 4. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o Ministério Público enquanto fiscal da lei. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e os terceiros que atuam no processo como colaboradores do Poder Judiciário. 6. Princípios do contraditório e da ampla defesa e efetivo contraditório e efetiva defesa. 7. O problema do julgamento liminar em desfavor do postulante em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 8. Sobre a possibilidade de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação ao postulante no caso de julgamento liminar em desfavor deste. 9. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o direito de réplica. 10. Os princípios do contraditório e da ampla defesa em confronto com o princípio da utilidade dos prazos. 11. Os atos de comunicação processual em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 12. Os recursos, em especial os embargos de declaração, em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 13. As decisões liminares provisórias (cautelar ou antecipatória) em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 14. O direito à produção da prova em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 14.1. Os princípios do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção da prova lícita e o problema da prova emprestada. 14.2. Direito de acesso à justiça e o princípio da proibição de produção de prova obtida por meios ilícitos.

1. Introdução

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à produção de prova obtida por meios lícitos estão estritamente interligados entre si, e todos eles estão interligados com o direito de acesso à justiça. É o que passaremos a demonstrar.

2. Conteúdo jurídico dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Antes de qualquer análise sobre esse tema necessário se faz anotar que os princípios do contraditório e da ampla defesa, apesar de diferentes, são profundamente interligados. E isso a ponto tal que só há sentido falar de um falando ao mesmo tempo do outro, ou seja, a garantia do contraditório é, ao mesmo tempo, garantia do direito a ampla defesa, no sentido de ampla defesa dos direitos e não apenas do direito dado ao réu para contestar uma demanda. Estamos, assim, a falar de dois aspectos de uma mesma realidade.²⁷⁵

Os princípios do contraditório e da ampla defesa significam, que antes de qualquer decisão sobre determinada postulação ou manifestação de alguma das partes ou interessado, o juiz deve ouvir a parte contrária para manifestação para que esta possa contraditar as alegações ou provas produzidas contra ela. Assim deve ser porque como os atos e manifestações de uma parte podem influenciar a decisão do magistrado, nada mais democrático do que garantir ao adversário iguais possibilidades.

Vê-se, assim, que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias processuais que se referem às garantias do direito de ação e do direito de defesa, e não apenas à garantia do direito de contestar. Por outras palavras, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão postos tanto em favor do autor como do réu, até porque no desenvolvimento do processo podem ocorrer situações nas quais o réu passa a fazer postulações sem sair dessa qualidade, impondo-se, nessa hipótese, a ciência ao autor para manifestação. Assim, por exemplo, se o réu postula juntada de documento novo no processo, se recorre de alguma decisão, se alega na contestação questão preliminar ou questão prejudicial, seja quanto ao processo, seja quanto ao mérito, deve o juiz dar ciência ao autor para manifestação antes da decisão.

275. Nessa linha de pensamento, os princípios do contraditório e ampla defesa são, como percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, “expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno: a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória**. In *Garantias constitucionais do processo civil* (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

3. Aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação a terceiros (extensão subjetiva)

Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados aos terceiros que passaram a intervir no processo, mesmo quando na qualidade de assistente simples. Aliás, não custa lembrar que esses terceiros têm direito ao contraditório e ampla defesa no que se refere ao incidente de admissão ao processo, direito que se sedimenta uma vez admitidos no processo, caso em que passam a ser partes ou, no caso do assistente simples, tratados como parte. O assistente simples, apesar da dúvida que se coloca no sentido de se saber se sua posição processual é de parte pelo fato de sua função ser a de ajudar uma das partes, dúvida não há de que tem ele direitos próprios a defender no processo, atuando nessa qualidade como se fosse parte. Nesse ponto, basta lembrar a hipótese de recurso por ele interposto, de maneira que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados em relação ao mesmo.

4. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o Ministério Público enquanto fiscal da lei

No nosso entendimento, os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao Ministério Público quando este estiver funcionando como fiscal da lei.²⁷⁶ Como fiscal da lei, o Ministério Público é sujeito imparcial, não tendo, assim, direitos a defender.

Na condição de fiscal da lei, o Ministério Público tem o direito de ser cientificado de todos os atos do processo, mas tal direito não está posto em função dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sim da sua normal atividade no processo. É verdade que na qualidade de fiscal da lei o Ministério Público pode fazer postulações, inclusive a mais evidente delas que é a interposição de recurso, mas forçoso é convir que nessa qualidade tal órgão assume a posição de parte, não se devendo perder de vista que nesse caso a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa se dá em favor da parte que poderá sofrer prejuízo ante o recurso interposto por tal instituição.

5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e os terceiros que atuam no processo como colaboradores do Poder Judiciário

Não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa aos terceiros que atuam no processo na qualidade de colaboradores do Poder Judiciário, a exemplo de testemunhas, peritos, correios, bancos, etc. No entanto, forçoso é convir que existem situações em que o juiz poderá proferir provimentos

sancionatórios contra tais terceiros, a exemplo de determinação para que a testemunha pague as despesas de adiamento de audiência a que não compareceu²⁷⁷ ou substituir perito pelo fato de exceder prazo para entrega de laudo.²⁷⁸ Nesses casos, pensamos que o juiz antes de decidir por aplicar tais sanções deve tomar medidas comunicativas prévias, que se aproximam da aplicação do princípio do contraditório, ouvindo esses terceiros para que prestem esclarecimento a respeito de suas condutas, na medida em que justificativas aceitáveis poderão demonstrar que a sanção antes imaginada não deve mais ser aplicada.

276. Em sentido contrário, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios**..., cit., p. 122.

277. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, art. 412.

278. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, art. 424, II.

6. Princípios do contraditório e da ampla defesa e efetivo contraditório e efetiva defesa

Discute-se se os princípios do contraditório e da ampla defesa devem resultar, necessariamente e sempre, em **efetivo contraditório** e **efetiva defesa**, no sentido de que há que surgir a manifestação de defesa da parte ouvida previamente ou se é suficiente a garantia de ser ouvido para propiciar tal manifestação e a produção da prova necessária às alegações que fizer.

Parte da doutrina sustenta que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se limitam às garantias para tanto, exigindo-se o efetivo contraditório e a efetiva defesa.²⁷⁹

Parece-nos que, em regra, os princípios do contraditório e da ampla defesa se concretizam na garantia de manifestação e da produção das provas necessárias, e não na própria manifestação e produção dessas provas.

Não cabe dizer que a garantia de manifestação não significa observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas sim apenas do princípio da audiência bilateral. Se assim é, somos forçados a sustentar que não há diferença entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, de um lado, e, de outro lado, o princípio da audiência bilateral, ou então que há identidade entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, de um lado, e, de outro lado, o princípio da efetiva defesa. Aliás, os princípios do contraditório e da ampla defesa se resumem nas garantias de manifestação e de produção das provas necessárias em qualquer processo, com exceção do processo penal e nos demais processos que têm por objeto direito indisponível, por envolver bens da vida superiores, o que exige maiores garantias, e, assim, exige a observância do princípio da efetiva defesa. Fora daí, como o processo civil trata normalmente de direitos disponíveis, entendemos que os princípios do contraditório e da ampla defesa se consideram efetivos mediante a existência de comunicação válida e concessão de prazo suficientemente útil para manifestação e produção das provas necessárias.

279. Diz, por exemplo, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que “a matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”. E logo adiante aduz: “Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. In *Garantias constitucionais do processo civil* (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.139-140 e 144.

Com efeito, a existência de uma efetiva manifestação tem a ver com o princípio da efetiva defesa, não mais com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Como salientado acima, o princípio do contraditório está umbilicalmente ligado ao princípio da ampla defesa, de maneira que o primeiro é condição para a realização do segundo e refletem a mesma realidade.²⁸⁰

Assim, não se pode confundir garantias dos direitos com exercícios dos direitos como resultado dessas garantias, ou seja, são situações diferentes a garantia do contraditório e ampla defesa e a efetiva defesa dos direitos.

Como salientado acima, as garantias do contraditório e da ampla defesa são normas que se aplicam

necessariamente a todo e qualquer processo, mas o princípio da efetiva defesa, que, como se sabe, independente da vontade da parte a quem se assegurou essa garantia, só se exige, como regra, no processo penal, enquanto no processo civil é exceção, isto é, só ocorrerá como uma necessidade processual nos casos em que o direito objeto do processo é indisponível, ou tornados processualmente indisponíveis por força de alguma circunstância tida pelo legislador como relevante para tanto, a exemplo da falta de contestação em processo em que houve citação ficta (por edital ou com hora certa).²⁸¹ Fosse diferente, a efetiva contestação, para ficarmos no ato defensivo mais importante, seria impositiva em todo e qualquer processo, de maneira que sempre que o réu deixasse de praticar tal ato o juiz teria que nomear defensor e o autor teria que provar os fatos alegados, ou então a norma inserida na maioria dos códigos de processo civil que prescreve, como regra, que revelia tem como consequência o prosseguimento do processo mesmo sem a atuação do réu com presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor não seria constitucional por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁸²

280. Veja-se o que dispõe o inciso LV, do art. 5º, da Constituição brasileira: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O ideal em todo e qualquer processo é que as partes, até mesmo como mecanismo de colaboração com a atividade jurisdicional, participem ativamente do processo em todos os seus atos com intensa manifestação na defesa dos seus direitos e das provas necessárias das alegações que apresentarem até decisão final. Nesse sentido, quanto mais debate e participação das partes no processo, melhores serão os resultados da prestação jurisdicional. Mas, pelo menos no processo civil se essa participação não existe por vontade de alguma das partes, em regra não significa dizer que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por outras palavras, o fundamental é que se garanta o direito de manifestação e o direito de produzir a prova necessária a tanto, sendo a manifestação efetiva mera possibilidade que fica a depender da vontade da parte a quem se deu tal garantia. Por isso mesmo, parece mais exato, no caso, se falar em princípio de garantia do contraditório e da ampla defesa do que em princípio do contraditório e da ampla defesa, não se devendo perder de vista que o princípio da preclusão é inerente à própria ideia de processo judicial, que não pode ficar sem movimentação célere ante conduta omissiva das partes, principalmente nos processos em que os direitos em jogo são disponíveis e em que as partes se encontram em posição de igualdade.²⁸³ Por outras palavras, o fundamental é que se garanta o direito de manifestação e o direito de produzir a prova necessária a tanto, sendo a manifestação efetiva mera possibilidade, que fica a depender da vontade da parte a quem se deu tal garantia.

281. Assim, por exemplo, no caso previsto no art. 9º do CPC brasileiro. Assim: “O juiz dará curador especial: II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa”.

282. Cf. o art. 319 do CPC brasileiro.

No entanto, nos processos que envolvem direitos disponíveis com um dos litigantes em posição de desigualdade em relação ao adversário, deve o juiz ficar atento à observância do princípio da igualdade, no objetivo de envidar meios processuais para que se tente igualar as partes mediante efetivo contraditório e efetiva defesa. Assim, conforme salientado acima, verificado no processo que o réu revel é **necessitado**, deve o juiz desconsiderar a revelia e oficiar à Defensoria Pública, onde houver, para designar defensor ou, na sua falta, deve ele próprio providenciar a designação de advogado em favor desse necessitado, reabrindo prazo para defesa.

283. Nessa linha de raciocínio, afirma Nelson Nery Junior que “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., p. 123. Em posicionamento assemelhado, LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione forzata e Le disposizioni generali del codice de procedura civile**. Milano: 1970, p. 394. Em idêntico sentido, Cândido Rangel Dinamarco, que afirma: “Em primeiro lugar, a ideia de eventualidade é mesmo uma marca que acompanha quase inevitavelmente o próprio contraditório”. E logo adiante: “a doutrina definiu o contraditório como a necessária ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende que seja feito no processo e possibilidade de cooperar e de contrariar. A informação é necessária; a reação, meramente possível”.

7. O problema do julgamento liminar em desfavor do postulante em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Não há razão para incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa se o juiz após ouvir a parte postulante já está convencido da inadmissão ou da improcedência da postulação. Assim, por exemplo, se o juiz verifica que a petição inicial deve ser indeferida por manifesta inépcia, não há nada que justifique a citação do réu; do mesmo modo, com mais forte razão, se pelo próprio teor da petição inicial está o juiz convencido da improcedência do pedido, deve proferir sentença liminar de improcedência da demanda.²⁸⁴ Ressalte-se que nesses casos o réu deve ser ouvido apenas em caso de eventual interposição de recurso, hipótese em que os princípios do contraditório e da ampla defesa serão agora aplicados em função do recurso. Do mesmo modo, deverá o réu ser cientificado da sentença caso esta passe em julgado pelo fato da não interposição de recurso, pelo menos em caso de improcedência da demanda, mas nessa hipótese tal comunicação tem por objetivo cientificar o réu de que houve processo em que ele é parte e que obteve êxito, embora não citado, para que possa exercer seus direitos ante tal certificação. Assim, tal providência em nada guarda relação com os princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁸⁵

284. O CPC brasileiro dispõe no art. 285-A (redação dada pela Lei nº 11.277, de 07.02.2006): “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Parágrafo 1º - Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. Parágrafo 2º - Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”. Como visto no texto principal, entendemos que esse dispositivo não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa. Rigorosamente, o que nele está posto não é nenhuma novidade. No entanto, pensamos que os parágrafos 1º e 2º do referido artigo violam os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao menos como sugere a letra da lei. E assim é porque se o juiz pressente que pelos argumentos do autor-apelante deverá modificar a decisão anterior, terá que ouvir o réu antes de proferir sua decisão, exatamente porque a manifestação do réu poderá trazer elementos de fato ou de direito que o juiz não tinha percebido pela só leitura da manifestação do autor e, assim, propiciar julgamento em sentido oposto ao que antes imaginava. Dir-se-á que o réu será ouvido depois e que tal decisão do juiz não gera preclusão para quem ainda não foi ouvido, o que é exato, mas na prática dificilmente o juiz dará atenção aos argumentos do réu para proferir terceira decisão sobre a mesma questão no sentido de restabelecer a decisão anterior.

Em idêntica linha de raciocínio, se o juiz verificar que as alegações novas postas pelo réu na contestação são impertinentes ou improcedentes deverá rejeitá-las sem precisar ouvir o autor. Em resumo, toda vez que o juiz estiver convencido da incidência de alguma hipótese de inadmissibilidade ou de improcedência de alguma postulação de qualquer das partes, deverá, de logo, decidir numa ou noutra direção sem precisar ouvir a parte contrária. Não cabe aqui falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação à parte contrária à postulante, simplesmente porque tal princípio só incide se o juiz perceber que pelo que ouviu de um só lado, irá acolher a postulação. Suscitar, nessa hipótese, qualquer discussão é querer colocar um falso dilema, um problema que simplesmente não existe. Não há razão plausível para o juiz ouvir a parte contrária se está convencido da falta de razão da parte postulante. Tal providência só resultaria em perda de tempo e aumento do custo do processo com a prática de atos desnecessários. É que a parte favorecida com a decisão, caso se manifeste, só comparecerá ao processo para expor argumentos jurídicos na mesma linha das teses que o juiz já conhece, e se algum argumento novo apresentar este não terá qualquer consequência prática para a decisão.

285. O Código de Processo Civil brasileiro é expresso quanto a tal providência quando o juiz profere sentença manifestando de plano a prescrição (parágrafo 6º do art. 219), mas tal dispositivo deve ser aplicado em todo e qualquer caso em que o juiz profere sentença liminar pela improcedência do pedido.

8. Sobre a possibilidade de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação ao postulante no caso de julgamento liminar em desfavor deste

Problema diverso em torno do julgamento liminar é o de saber se o juiz antes de decidir contra o

postulante terá de ouvi-lo previamente. Discute-se, no caso, se há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a decisão traz novas questões de direito. Por outras palavras, antevendo o juiz, ante a regra *iura novit curia*, que irá decidir contra o próprio postulante ante uma abordagem jurídica não mencionada ou não percebida por este, questiona-se se é ou não o caso de ouvir o próprio postulante antes da decisão.

Sustenta parte da doutrina que o juiz não pode surpreender as partes com decisão que se fundamente em novas questões de direito tidas como relevantes, de maneira que, do contrário estará a agredir o princípio do contraditório.²⁸⁶ Com efeito, esse tema exige que se investigue o significado de nova questão de direito que o juiz tenha percebido e que seja considerada como relevante, e não acessória, a ponto tal que seja necessário ouvir nova e previamente quem acabara de se manifestar no processo. Praticamente tudo que a parte não inseriu na sua postulação como argumento jurídico e que o juiz entende presente e pode influenciar, de algum modo, em sentido contrário sua decisão, seja quanto ao processo, seja quanto ao mérito, é relevante. A ser assim, o juiz não pode proferir sentença liminar de indeferimento da petição inicial por inépcia, muito menos fundada em decadência ou prescrição sem antes ouvir o autor, porque normalmente a petição inicial não vem carregada de argumentos sustentando sua aptidão, a existência das condições da ação e que não há nenhuma hipótese de prescrição ou decadência.²⁸⁷

286. Diz, por exemplo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, invocando legislação estrangeira expressa em torno do assunto (Ordenança Processual alemã, parágrafo 278, III, art. 183, 3, do Código de Processo Civil italiano, art. 16 do Código civil francês e art. 3º, 3, do Código de Processo Civil português) e não deixando de reconhecer a possibilidade de aplicação da regra *iura novit curia*, que “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litúgio em homenagem ao princípio do contraditório”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia** 145. Essa tese fora acolhida no Projeto de Código de Processo Civil em tramitação do Congresso Nacional (ver arts. 9º, 10, parágrafo único do art. 110 e parágrafo único do art. 469). No particular, o

Deste modo, não concordamos com esse ponto de vista. Primeiro de tudo, isso obrigaria o juiz a apresentar ao autor um pronunciamento prévio, uma espécie de projeto de decisão já adiantando seu posicionamento com todos os necessários fundamentos. Esse projeto de decisão é de difícil tipificação. Não é bem um despacho, mas também não é ainda uma decisão. Demais disso, após a manifestação do autor, se o juiz ficasse carregado de dúvidas a ponto de mudar seu posicionamento teria que ouvir o réu antes de decidir, porque, do contrário estaria, agora sim, violando o princípio do contraditório em relação ao réu. Levando o réu um novo argumento jurídico relevante não percebido pelo autor nem pelo juiz, teria este que voltar a ouvir o autor sobre novo relevante argumento jurídico porque ele também poderia influenciar a decisão. E assim, sucessivamente, a ponto de tornar o processo um palco de debates sem fim, comprometendo, assim, o princípio do processo em tempo razoável.

texto já aprovado no Senado restringe bastante o texto original, mas faz muitas concessões, sendo ainda passíveis das críticas acima expostas (comparar com o art. 9º, parágrafo único do art. 10, parágrafo único do art 121 e parágrafo único do art. 469 do texto aprovado no Senado).

287. Válido é lembrar que o CPC brasileiro ampliou a possibilidade de atuação oficial do juiz, permitindo que haja pronunciamento sobre prescrição em geral, o que antes só era permitido para os casos de prescrição de direitos não patrimoniais (cf. art. 219 e parágrafo 5º com redação anterior e atual dada pela Lei nº 11.280, de 16.02.2006).

Para que o processo não fique sujeito a esses percalços, ter-se-á que exigir do autor explicar na sua petição inicial a presença de todos os pressupostos processuais, todas as condições da ação, a não configuração de prescrição ou de decadência; e mesmo assim, sempre ficaria uma margem de questões de direito ante os fatos alegados, passíveis de levantamento pelo juiz. Se o autor entende que a sentença do juiz que indeferiu liminarmente a petição inicial ou que rejeitou liminarmente o pedido, apesar de devidamente fundamentada, contém erro de julgamento, tem ele recurso contra tal sentença logo que for comunicado da mesma, e assim garantidos estarão, mais uma vez, o contraditório e a ampla defesa.²⁸⁸No

julgamento do recurso, convencendo-se o tribunal de que o juiz errou ao inadmitir a petição inicial, mandará prosseguir o processo até julgamento final quanto ao mérito; entendendo o tribunal, caso repute desnecessária a produção de provas e partindo do suposto que o réu já se manifestou sobre a demanda ao responder ao recurso, e que o juiz errou ao atribuir direito ao réu, reformará a sentença; em caso de necessidade de produção de provas, deverá o tribunal cassar a sentença, abrir novo prazo para que o réu possa contestar e requerer provas, providenciar a produção das provas deferidas e posteriormente proferir nova sentença de mérito.

288. O CPC brasileiro, ao propósito, dispõe no seu art. 296 e parágrafo único: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente”. Esse dispositivo não pode ser interpretado literalmente. Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, se o juiz antever que pelos argumentos do autor irá reformar sua decisão, deve ouvir o réu antes, como também terá que ouvi-lo mesmo que entenda que tais argumentos não convencem porque terá que mandar o recurso subir ao tribunal, e este não pode se pronunciar contra o interesse do réu sem ouvi-lo antes.

9. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e o direito de réplica

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não podem servir como meio de eternização do processo, com manifestações de uma parte em relação à manifestação da outra indefinidamente.

Com efeito, tendo em consideração o que acontece em determinado processo em que se esteja a discutir direitos disponíveis, sendo o caso de o réu ter apresentado defesa, nem sempre é necessário ouvir o autor para réplica. Tal direito só ocorre se a contestação contiver novas questões de fato (questão prejudicial ou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), defesa processual ou apresentação de documento novo.²⁸⁹ Fora desses casos, em princípio, o juiz deve verificar a regularidade do processo e passar ao julgamento antecipado da lide se não for caso de produção novas provas, ou propiciar a que as partes produzam as provas requeridas e por ele deferidas.²⁹⁰ Na hipótese de exercício do direito de réplica não é o caso, em princípio, de se dar ao réu o direito de tréplica, e assim sucessivamente como se o processo fosse um jogo de tênis sem fim. Mas é possível que na petição de réplica surja um documento novo apresentado como contraprova a documento novo anexado à contestação, ou uma questão nova, de maneira que, sendo o caso, o juiz, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deverá ouvir o réu sobre tais fatos.²⁹¹

10. Os princípios do contraditório e da ampla defesa em confronto com o princípio da utilidade dos prazos

Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem se compatibilizar com o princípio da utilidade dos prazos para a parte se manifestar sobre determinados atos. O princípio da utilidade dos prazos significa que estes devem ser suficientes para a prática de determinado ato processual. Tal princípio deve ter em conta o tempo necessário normalmente em face da relevância do ato. Por isso mesmo, os prazos para apresentação de defesa e para a interposição de recurso são, normalmente, maiores que os prazos em geral.

289. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, arts. 325, 326, 327 e 398.

290. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, arts. 328, 330 e 331.

291. Cf. mais uma vez o art. 398, do Código de Processo Civil brasileiro.

No caso de prazos judiciais, o juiz, que também é destinatário do princípio da utilidade dos prazos, deve fixá-los tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, sem prejuízo da relevância do ato a ser praticado.

Assim, prazo insuficiente viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁹²

11. Os atos de comunicação processual em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa

A efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa exige o atendimento a um pressuposto

fundamental, que é a existência jurídica e a validade dos atos de comunicação processual (citação e intimações) para a prática do ato pertinente.

292. No direito brasileiro, exatamente por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em associação ao princípio da utilidade dos prazos, era manifestamente inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º do Dec-lei nº 911, de 01.10.1969, que concedia apenas 3 (três) dias para o réu se defender de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Num sistema jurídico em que se concedia prazo mínimo de 10 (dez) dias para defesa em ação de rito que denominava de sumaríssimo, posteriormente denominado de sumário (CPC brasileiro, art. 277) e 5 (cinco) para defesa no processo cautelar (CPC brasileiro, art. 802), no qual não se decide sobre o próprio bem da vida, tal norma era tranquilamente aceita sem reservas. Em demorada hora – mas antes tarde do que nunca – esse dispositivo, fruto da Junta Militar que governou o Brasil num dos piores momentos do regime ditatorial, com o claro objetivo de beneficiar banqueiros, fora modificado pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que alterou tal Decreto-lei para garantir ao réu prazo de quinze dias para apresentação de defesa (parágrafo 3º do art. 3º do Dec-lei n. 911/69, com a redação dada pela ora referida Lei nº 10.931/2004).

O mais importante ato de comunicação é a citação, porque se refere ao mais importante ato de defesa, que é o direito de contestar a demanda, além de servir para angularizar a relação processual e dar completa configuração de existência da relação processual, na medida em que antes da citação o processo, em princípio, só existe entre autor e juiz.

É muito difícil, mas não impossível, que um processo tenha prosseguimento contra determinado réu sem sua citação e sem sua manifestação, com o juiz proferindo sentença contra este. Se tal hipótese ocorrer na prática, tem

-se situação de inexistência material da citação, e de inexistência jurídica de todos os atos praticados subsequentemente. Como afirmado acima, sem citação do réu não há processo contra ele, nem há que falar em revelia, na medida em que só se pode falar em revelia se houve citação válida, o que significa dizer que também não existem juridicamente todos os atos (materiais) subsequentes. Assim, as possibilidades práticas de citação juridicamente inexistente são mais frequentes quando alguma citação ocorreu materialmente no processo, mas sem existência jurídica, o que pode induzir o juiz a erro ao imaginar que a citação do réu existiu, a exemplo de o agente encarregado do ato citar pessoa diversa do réu. Essa circunstância não altera tudo quanto antes afirmado, na medida em que o ato material de citar terceiro que não é parte no processo é absolutamente irrelevante.²⁹³

293. No particular, o direito brasileiro contém algo de diferente e inovador ao disciplinar a citação, quebrando a distinção teórica entre ato processual juridicamente inexistente e o ato processual nulo. Como se sabe, o ato processual juridicamente inexistente, apesar da sua existência material (inexistência no plano dos fatos) equivale a ato materialmente inexistente, não produzindo qualquer efeito jurídico em tempo algum, enquanto o ato processual nulo tem existência jurídica, produz efeitos jurídicos normalmente e só se pode afirmar da sua nulidade concretamente quando esta for decretada por quem tem autoridade e competência para tanto, que é apenas o

Para a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa é importante que a citação seja realizada de forma adequada, ou seja, com todas as condições de apresentação de defesa. Assim, é indispensável, independentemente de norma expressa nos ordenamentos jurídicos, que os juízes tenham em vista a situação pessoal do réu. Nesse contexto, se o réu é estrangeiro natural de país de língua diversa da língua oficial do Estado em que se desenvolve o processo, a citação deve ser realizada mediante tradução de todos os escritos e meios comunicativos que integram tal ato. Aliás, essa regra deve ser aplicada em todos os atos processuais que exijam atuação pessoal da parte.²⁹⁴ Nos Estados com mais de um idioma deve

-se proceder da mesma maneira, ainda que a parte seja um nacional. Nessa mesma linha de pensamento, cuidados especiais merecem o ato de citação de réu surdo-mudo.²⁹⁵

juiz. Assim, por exemplo, se determinada “sentença” não tem existência jurídica, pode-se propor ação declaratória contra a mesma a qualquer tempo, porque sendo ato juridicamente inexistente nunca passa em julgado. Se a sentença é nula, o único meio de impugnar o ato no próprio processo com tal arguição é o recurso. A falta de recurso impede qualquer alegação de nulidade no próprio processo, desaparecendo o vício, que fica coberto pela situação de coisa julgada. Como nulidade processual importa em violação à lei, a sentença passa à situação de rescindível no prazo decadencial de 2 (dois) anos, sendo competente para tanto sempre tribunal de 2º grau ou órgão jurisdicional superior, ainda que tenha sido o próprio tribunal que proferiu a sentença rescindenda (v. Código de Processo Civil, arts. 485, V, 495, 491 a 494, e Constituição Federal, arts. 102, I, j, 105, I, e e 108, I, b). Ultrapassados os dois anos, a sentença se torna absolutamente insuscetível de qualquer impugnação. Tratando-se de nulidade de citação toda essa distinção fora desconsiderada, ou seja, houve o mesmo tratamento tanto no caso de inexistência jurídica como no caso de nulidade da citação. Assim, se em determinado processo não ocorreu a citação do réu ou a citação

ocorreu, mas caracterizada como nula, o réu não compareceu em nenhum momento ao processo e o juiz proferiu sentença, em ambos os casos todos os atos processuais praticados após a suposta citação também são juridicamente inexistentes, inclusive a suposta sentença, não havendo que falar em coisa julgada. E assim é porque em qualquer das duas hipóteses (inexistência ou nulidade de citação) se o autor promover a execução de tal “sentença” após o prazo de 2 (dois), contados da suposta situação de coisa julgada, nada impede que o réu promova impugnação à execução ou oponha embargos à execução com um desses dois fundamentos (inexistência ou nulidade de citação no processo de conhecimento no qual não compareceu) perante o próprio juiz de 1º grau (Código de Processo Civil, arts. 475-L, I e 741, I), demandas essas que apesar dos nomes dados pelo legislador (embargos e impugnação), têm natureza de ação declaratória. Como inexistência jurídica e nulidade são categorias bem diferentes e com consequências jurídicas diferentes, essa disciplina jurídica posta no Código de Processo Civil brasileiro só pode ser harmonizada com a assertiva de que no direito brasileiro a citação é ato ao qual se deu tamanha importância que o legislador considerou que todos os elementos do mesmo são relevantes para a sua existência. Por outras palavras, faltando algum elemento essencial para a validade da citação, passa a ser essencial não apenas para tanto, mas sim para a sua própria existência. Sendo assim, no direito brasileiro não há lugar para citação nula, de maneira que ou a citação existe e é válida ou então, embora materialmente existente, mas contendo

A citação adequada também deve partir da suposição de que o réu, normalmente, não tem formação jurídica. Nesse ponto, os ordenamentos jurídicos devem se preocupar em dispor no sentido de que nos escritos alusivos à citação conste especificadamente qual o prazo que se concede ao réu para apresentar defesa, bem assim que conste qual o prejuízo que o réu suportará, segundo o próprio ordenamento, caso não apresente defesa tempestiva. Fórmulas gerais do tipo “contestar no prazo legal sob pena de revelia”, costumeiramente usadas na prática, tornam a citação nula, caso o resultado do ato não seja alcançado com o comparecimento do réu e apresentação de plena defesa. Deste modo, se o réu não tem formação jurídica, não está obrigado a saber qual o prazo previsto na lei, nem o significado de revelia ou de efeito desta. Assim, se, por exemplo, o prazo para contestar previsto na lei é de 15 (quinze) dias, que se especifique tal prazo nos escritos atinentes ao ato de citação; se o ordenamento jurídico dispõe no sentido de que a falta de contestação no prazo especificado tem como consequência a presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor, que se expresse isso no ato citatório com clareza e objetividade. Se tais regras não forem observadas ou, apesar disso, a finalidade do ato não for alcançada, a citação é nula, uma vez que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁹⁶

vício que compromete o ato a ponto tal que a sua finalidade não seja alcançada, é juridicamente inexistente. Pensamos, como asseverado acima, que não há como se falar em revelia, muito menos em sentença passada em julgado, pelo menos nos casos de “falta absoluta de citação”, de maneira que fica difícil aceitar que nessa hipótese não caiba ação declaratória de inexistência da suposta sentença a qualquer tempo.

294. O Código de Processo Civil brasileiro não tem norma expressa a respeito de citação e intimação de réu estrangeiro que não fala o idioma oficial do país, mas o art. 151 do referido Código trata da necessidade de intérprete para a prática de determinados atos processuais, o que não deve ficar sob a conveniência do juiz, como sugere a letra de tal dispositivo, ante os princípios do contraditório e da ampla defesa.

295. O art. 218, do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que não se fará a citação de réu demente ou que está impossibilitado de recebê-la, devendo a citação ser feita na pessoa de curador especial que o juiz deverá nomear, além do que o art. 151 dispõe sobre a necessidade de nomeação de intérprete para “traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos, que não puderem transmitir a sua vontade por escrito”.

Com efeito, tanto quanto possível, a citação deve ser real, salvo casos de impossibilidade (material ou jurídica) ou de obstáculos criados pelo próprio réu, casos em que se impõe a citação ficta (por edital, na primeira hipótese, e com hora certa, na segunda, que pode resultar em citação real ou ficta). A hipótese mais comum de necessidade de citação por edital é quando o autor ignora o endereço do réu. Em princípio, o autor deve afirmar tal circunstância, e isso com toda a boa-fé que a situação exige. Sem embargo, o réu pode demonstrar a invalidade do ato, independente de boa ou má-fé do autor, ao fundamento de que seu endereço poderia ser obtido por diversos meios. Apesar de o réu ter endereço certo, o lugar em que o mesmo se encontra pode ser inacessível.²⁹⁷

296. O Código de Processo Civil brasileiro dispõe no seu art. 225 que o mandado de citação deverá conter, dentre outras formalidades, “a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis” e “o prazo para defesa” (II e VI). A segunda parte do art. 285 reza que “do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”. De sua vez, dispõe o art. 247, do mesmo Código que “as citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais”.

A citação com hora certa exige procedimento rigoroso e fundamentação das informações prestadas pelo funcionário encarregado de praticar o ato para que o juiz possa verificar se houve o real obstáculo criado

pelo réu.²⁹⁸

Quando a citação é ficta, e o réu não comparece para apresentar defesa, não raro os ordenamentos tornam o direito disponível da parte ré em direito indisponível, e justamente por isso exigem a nomeação de curador especial para apresentar defesa.²⁹⁹

Se o réu é conhecido, tem endereço certo e o lugar em que se encontra é acessível não há justificativa aceitável para citação por edital. Veja-se que tal tipo de ato processual é mais difícil, mais burocrático, mais demorado e mais custoso do que citação por carta rogatória. É justamente em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa que se o réu reside no estrangeiro e o país em que se encontra não recusa cumprimento de carta rogatória, a citação deve ser realizada por esse meio, e não por edital. Se assim é, fica sem explicação razoável o ordenamento que exige citação de réu residente no estrangeiro por carta rogatória, prescrever que em determinados procedimentos réus certos e com endereço certo e acessível, residentes no próprio país sejam citados por edital, caso em que haverá violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.³⁰⁰ Não se perca de vista que a citação por edital contribui para o retardamento do processo porque tem custo elevado e procedimento complexo, além do que é insegura, porque ficta. Então, sendo possível a citação pessoal do réu com menor custo, mais celeridade e, evidentemente, mais segurança, porque real e em conformidade com a ordem jurídica, citar por edital réu com endereço certo não tem a mínima razoabilidade.

297. O Código de Processo Civil brasileiro prescreve no art. 231 os casos em que o réu deve ser citado por edital, explicitando que “considera-se inacessível, para o efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória” (parágrafo 1º), bem assim que “no caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão”. Sem prejuízo da aplicação desses dispositivos, os juízes devem superar o atraso do legislador procurando fazer uso dos meios de comunicação propiciados pela internet em casos como tais, que bem se ajustam aos objetivos de tais normas.

298. O Código de Processo Civil brasileiro dispõe sobre citação com hora certa nos arts. 226 a 229.

299. Nessa linha, dispõe o art. 9º, II, do Código de Processo Civil brasileiro que “o juiz dará curador especial ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa”.

Enquanto a citação é ato de comunicação ao réu para apresentar defesa, as intimações são atos de comunicação dos demais atos processuais, embora nem todas no objetivo de garantir o contraditório e a ampla defesa. De outro lado, nos processos em que se exige que a parte constitua advogado é preciso distinguir os atos processuais nos quais se intima apenas o advogado dos atos em que a própria parte deve ser intimada por se exigir, em regra, alguma atividade pessoal desta, caso em que também se impõe a intimação do advogado.

É possível que falte a determinada intimação algum elemento essencial para a configuração do ato a ponto de ser qualificada como juridicamente inexistente, a exemplo da feita a pessoa diversa daquela que deveria ser intimada, ou algo de muito relevante para a validade do ato, a exemplo de erro quanto ao lugar de comparecimento. Se determinado ato que impõe ciência à parte para que o contraditório possa se efetivar é juridicamente inexistente, não há dúvida que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Mas as intimações nulas também resultam na inobservância dos princípios em tela, cabendo à parte fazer tal alegação na primeira oportunidade em que tiver conhecimento do ato.

300. Pensamos, assim, que são inconstitucionais, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os arts. 953, atinente ao procedimento de demarcação de terras particulares, 968, referente ao procedimento de divisão de terras particulares, e 999, parágrafo 1º, pertinente ao procedimento de inventário e partilha, todos do Código de Processo Civil brasileiro, prescrevendo que em tais procedimentos a citação dos réus que residirem na comarca será feita pessoalmente, enquanto a dos demais, ainda que residentes no Brasil, será feita por edital. Vê-se que tais dispositivos também padecem de vício de constitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, na medida em que não há razão suficiente que justifique tratamento discriminatório entre os réus em algo tão fundamental para a validade do processo como as garantias do contraditório e da ampla defesa.

12. Os recursos, em especial os embargos de declaração, em face dos princípios

do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados também nos recursos. Não há nada que justifique o contrário, seja qual for o tipo de recurso, inclusive o de embargos de declaração. Com efeito, no recurso de embargos de declaração o recorrente formula postulações, de modo que não tem sentido dar provimento a tal recurso sem antes ouvir o recorrido. Isso fica bem mais evidente no recurso de embargos de declaração que resulta em modificação da decisão, invertendo-se o julgamento, mas, ainda que não haja essa inversão, qualquer modificação do resultado em face da sentença integrativa que julgou tal recurso e que acarrete o mínimo prejuízo para o recorrido, resulta em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.³⁰¹

301. Conforme já ressaltado acima, o art. 296 e parágrafo único do Código de Processo Civil brasileiro não deve merecer interpretação literal, sim conforme a Constituição, para observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo o juiz ao antever que daria provimento ao recurso, ouvir antes o recorrido para apresentar resposta. A mesma solução deve merecer o art. 285-A, parágrafo 1º, do referido Código. Diga-se o mesmo em relação ao art. 537, o qual nada diz, positiva ou negativamente, sobre a audiência do recorrido para se manifestar sobre o recurso de embargos de declaração interposto, mas lamentavelmente a prática brasileira, sem maiores reações da doutrina, é no sentido de que não se deve ouvir o recorrido, apesar de na atualidade ter surgido algumas vozes discordantes, pelo menos no caso de embargos de declaração com efeito infringente. É o caso, por exemplo, de Alexandre Freitas Câmara

Na linha do exposto acima, sempre fica ressalvada a possibilidade de o juiz inadmitir ou desprover recurso liminarmente.

13. As decisões liminares provisórias (cautelar ou antecipatória) em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Discute-se se os dispositivos legais postos em determinados ordenamentos jurídicos permitindo decisões provisórias (cautelares e antecipatórias) em caráter liminar ou mesmo após a audiência da parte contrária, violam os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nosso posicionamento é no sentido de que tais normas não violam tais princípios. É que a possibilidade de decisão judicial liminar, seja cautelar, seja antecipatória, também encontra fundamento em norma constitucional, no caso a norma que consagra o princípio da efetividade das decisões judiciais. Vê-se, assim, que o problema que aqui se coloca não é de inconstitucionalidade, mas sim de colisão entre dois princípios constitucionais, de maneira que, mais uma vez, tem o juiz que fazer a devida ponderação de interesses segundo critérios de proporcionalidade e, assim, proferir decisão fazendo prevalecer qualquer dos dois princípios, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto.

Com efeito, ao receber petição inicial com pedido de liminar, o juiz deve ter em vista que, normalmente, o princípio do contraditório deve ter primazia, principalmente se tal pedido é de antecipação da tutela, que é mais amplo do que o de medida cautelar, vez que o deferimento do primeiro significa que o juiz está adiantando o próprio bem da vida, que o autor só obterá, se razão tiver, na sentença final passada em julgado, enquanto o deferimento do segundo envolve direito menos abrangente (garantia de resultado útil do processo principal). Isso significa dizer que o direito de defesa, em princípio, também se aplica tanto com referência ao pedido em si, quanto com relação ao pedido de liminar.

que, com razão, afirma que “no caso de embargos de integração (ou seja, nos embargos de declaração destinados a suprir omissão da decisão), em razão da possibilidade de se produzir o efeito infringente do julgado, deve-se dar oportunidade ao embargado para se manifestar (devendo se considerar o prazo de cinco dias para oferecimento das contra-razões, em respeito ao princípio, genericamente observado, segundo o qual o prazo das contra-razões é idêntico ao da interposição do recurso, o que, aliás, é mero reflexo do princípio da isonomia)”. *In Lições de direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, vol. II, p. 97.

Assim, em princípio, antes de decidir pedido de liminar, o juiz deve ouvir a parte contrária no prazo que as circunstâncias do caso concreto permitirem, procedimento que deve ser observado mesmo nas hipóteses em que o legislador presume a situação de urgência, a exemplo das ações possessórias de força nova e de alimentos. Evidentemente que se essas circunstâncias permitirem concessão de prazo que se ajuste ao prazo normal de defesa, o juiz deverá aplicar o princípio da celeridade ouvindo o réu, de logo,

sobre o pedido de liminar e sobre o pedido final. No entanto, podem ocorrer situações em que, partindo-se sempre do suposto de que o alegado direito do autor, após criterioso exame preliminar da petição inicial, é plausível, o juiz não tem como ouvir o réu. É o que ocorre, por exemplo, no caso de o réu ter conhecimento da demanda e disso resultar em conduta deste no sentido de tornar ineficaz eventual decisão contra ele, ou o tempo não permite a menor possibilidade de ouvir o réu porque qualquer eventual decisão futura a favor do autor será ineficaz. Em casos tão excepcionais, verdadeiras **situações-limite**, o juiz deve dar prevalência ao princípio da eficácia das decisões, ainda que seja o caso de a decisão proferida envolver circunstâncias que denotam a irreversibilidade desta para o caso de rejeição do pedido ao final.

Para minorar o impacto da decisão extrema, mas indispensável, deve o juiz, na medida do possível e se necessário for, exigir caução como mecanismo de garantir ao réu indenização por eventuais danos da execução da decisão na hipótese de rejeição do pedido do autor na sentença final.

Seja como for, as decisões cautelares ou antecipatórias proferidas sem ouvir o réu só se justificam, como demonstrado acima, em casos excepcionais. De todo modo, em sendo o caso de o juiz ter que deferir pedido de liminar sem ouvir o réu, não significa que o princípio do contraditório está afastado, mas sim postergado, na medida em que o réu será ouvido posteriormente com a garantia da ampla defesa.

De outro lado, é preciso não esquecer que as medidas liminares são provisórias, o que significa dizer que podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo em face de novas circunstâncias que autorizem tais providências, bem assim atacadas por via de recurso. O problema é que em muitos casos a execução dessas medidas pode ter efeitos irreversíveis. Por isso mesmo, conforme salientado acima, em casos assim o juiz deve, na medida do possível, exigir que o autor preste caução no objetivo de garantir eventual indenização por perdas e danos.

14. O direito à produção da prova em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório

O direito à prova é expressão relevante dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Permitir às partes o direito de fazer alegações fáticas sem o correlato direito à produção das provas necessárias à demonstração dessas alegações é o mesmo que nada garantir; é como conceder um direito vazio, na medida em que tendo em conta que o juiz não presenciou os fatos, até mesmo em função da sua situação de sujeito imparcial da relação processual, e necessita se informar sobre a verdade com o máximo de precisão possível ante a controvérsia estabelecida, sem o direito à prova não teria ele como proferir decisão justa.³⁰²

302. Como salientado por José Roberto dos Santos Bedaque, “o direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para

O direito à prova, no entanto, apesar da sua dimensão constitucional ante a necessária correlação com os princípios do contraditório e da ampla defesa, se relaciona com a ideia de prova necessária e suficiente à demonstração dos fatos alegados. Se fosse dado à parte o direito de produzir todas as provas previstas no ordenamento jurídico sem qualquer controle judicial, isso importaria em abuso ou chicana processual que o juiz haverá de coibir, por importar em clara violação ao princípio do processo em tempo razoável, além de atentar contra os princípios da economia processual e da boa-fé.

Com efeito, esse é um dos mais delicados problemas que o juiz deve resolver no processo. Impõe-se, aqui, encontrar o ponto de equilíbrio entre a garantia do direito à prova como corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa e, ao mesmo tempo, a observância do princípio do processo em tempo razoável, mediante decisão no sentido de indeferir provas desnecessárias ou inúteis, que só contribuiriam para o retardamento do processo.³⁰³

Os princípios do contraditório e da ampla defesa em relação ao direito à prova também envolve o

próprio juiz. É que a produção da prova é fundamental para a efetiva tutela dos direitos e, assim, a realização da justiça. Sendo assim, há uma tendência legislativa em se alargar os poderes do juiz no que diz respeito à iniciativa da produção probatória.³⁰⁴ Sem temor de parcialidade, mas sem descuidar dos cuidados que tal tipo de solução exige, deve o juiz, na busca da verdade máxima possível, a permitir o julgamento mais justo possível, ter posição ativa em matéria de produção de provas, tudo, por sinal, como mecanismo de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Esse posicionamento deve ser mais exigido nos processos que envolvem direitos indisponíveis ou que, apesar de envolver direitos disponíveis, as partes se encontram em clara posição de desigualdade.

assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantias**..., cit., pp. 168-169.

303. O Código de Processo Civil brasileiro admite no procedimento ordinário que cada parte arrole até 10 (dez) testemunhas, mas ao mesmo tempo dispõe que “quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes” (parágrafo único do art. 407).

304. O Código de Processo Civil brasileiro reflete claramente essa tendência dando ao juiz poderes para, de ofício, “determinar as provas necessárias à instrução do processo” (art. 130), e especificamente dispõe que o juiz pode, de ofício: “determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa” (art. 342); “ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documen

De outro lado, o poder de atuação oficial do juiz em matéria de produção probatória não o autoriza a agir fora do processo de maneira inquisitiva, fazendo investigações e procurando provas e informações estranhas aos autos do processo como se fosse um policial.

Nesse ponto, é importante estabelecer distinção entre os conceitos **fontes de prova e meios de prova**.

As fontes de prova existem antes do processo, estão fora e são independentes do processo, de maneira que delas conhecem ou devem procurar conhecer as próprias partes, a exemplo da prova testemunhal e da prova documental. Deste modo, quem sabe ou deve procurar saber quem é testemunha dos fatos ou o documento que prova determinado fato é a parte, nunca o juiz.

Os meios de prova são aqueles referentes aos sujeitos e ao objeto do processo já instaurado ou as próprias fontes de prova incorporadas ao processo ou pelo menos nele referidas por meios lícitos e que atendam ao princípio do processo devido em direito. São exemplos originários de meios de prova; a confissão resultante de depoimento em audiência regular, a perícia e a inspeção judicial; são exemplos derivados de meios de prova (fontes que se transformaram em meios) a acareação entre testemunhas, a testemunha ou o documento referido nos autos do processo por meios lícitos e segundo o processo legal em qualquer depoimento de parte ou de testemunha, em documento ou em laudo pericial. Isso significa dizer que a indicação das fontes de prova é atribuição exclusiva das partes, enquanto os meios de prova podem ser requeridos pela parte ou determinados de ofício pelo juiz. Assim, por exemplo, cabe apenas às partes arrolar testemunhas, trazer documentos ao processo ou requerer requisição de documentos, mas o juiz pode de ofício determinar ouvida de testemunhas referidas, depoimento das partes, perícias, inspeções e requisição de documentos referidos em poder das partes ou de terceiros.

tos” (art. 382); “ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas” (art. 418, I); “ordenar a acareação de duas ou mais testemunhas ou de algumas delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações” (art. 418, II); determinar perícias (arts. 33 e 437); “inspecionar pessoas ou coisas” (art. 440).

14.1. Os princípios do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção da prova lícita e o problema da prova emprestada

A utilização da prova emprestada é tema que também gera discussão no sentido de se saber se há ou não violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Prova emprestada é aquela que se utiliza num determinado processo, mas que fora produzida em outro.

Como se vê, a possibilidade de utilização de prova emprestada se funda nos princípios da celeridade e da economia processual, de maneira que não se pode dizer *a priori* que tal utilização significa, por si só,

violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.³⁰⁵

O deferimento de prova emprestada sem ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, no entanto, exige que o juiz observe diversas regras em torno do assunto.

O problema da prova emprestada não tem maior importância em relação ao documento, vez que quando este for produzido num determinado processo poderá ser utilizado em qualquer outro, contanto que se garanta o contraditório, isto é, o direito de manifestação à parte contrária a que o utilizou como prova emprestada.

305. O Código de Processo Civil brasileiro não disciplina o problema da prova emprestada. O Código Civil brasileiro, de 1916, tratou do assunto no art.136, II, mas tal dispositivo não foi repetido pelo Código Civil atual.

A dificuldade surge no que diz respeito às provas orais (depoimento de parte e principalmente de testemunhas) e às provas técnicas (perícias). Com efeito, a primeira regra a ser atendida é a de que as partes do processo em que se quer utilizar a prova emprestada sejam as mesmas do processo em que fora produzida. Não havendo essa identidade de parte, estar-se-ia a permitir utilização de prova contra uma parte que não teve oportunidade de exercer seus direitos e garantias processuais em torno dela. Tomando-se como exemplo o depoimento de uma testemunha em determinado processo, para utilização como prova emprestada em outro processo com partes diferentes, quem é parte no segundo processo e não foi parte no primeiro processo ficou sem oportunidade de arguir eventual suspeição, impedimento ou incapacidade da testemunha ou de fazer perguntas. Nessas circunstâncias, a prova emprestada não pode ser admitida.

De outro lado, atendido o pressuposto da identidade de parte, é preciso verificar se a prova que se quer utilizar fora produzida no outro processo de maneira válida, independentemente da sua aceitação pelo juiz do outro processo. Assim, por exemplo, se a parte não fora validamente intimada para a audiência em que a prova fora produzida e não houve suprimento de tal falta ou invalidade pelo comparecimento espontâneo da parte, o juiz do outro processo não deve admitir a prova emprestada.

Outro dado que deve ser levado em consideração é a possibilidade de variação fática entre os dois processos, de maneira que se existe identidade de alguns fatos em discussão pode existir alegação de outros fatos no processo em que se quer utilizar a prova, alegação essa que não existiu no processo originário. Essa parcial variação fática resulta em que, sem prejuízo da admissão da prova emprestada em relação aos fatos idênticos, deve ser deferido à parte o direito de produzir prova, ainda que do mesmo tipo, em relação aos fatos diferentes.

De outro lado, ainda que haja identidade fática total, as preclusões ocorridas no processo originário, não impedem arguições de suspeição, impedimento ou incapacidade da testemunha no processo em que se quer produzir a prova emprestada. Isso significa dizer que a produção de prova emprestada não impede que a parte contrária requeira acréscimos à mesma, ainda que não haja variação fática entre os dois processos. Assim, por exemplo, a pretensão de juntar cópia de depoimento de testemunha ou de laudo pericial como provas emprestadas, não pode afastar o direito da parte contrária de requerer o comparecimento da testemunha ou do perito para responder determinadas perguntas que não foram feitas no outro processo. Do mesmo modo, pode a parte contrária fazer alegações a respeito de tal prova que não foram feitas no processo originário.

Por tudo isso, a prova emprestada exige a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa para o fim de que todos esses direitos ora referidos possam ser exercidos.

A admissão da prova emprestada não vincula o juiz do novo processo quanto à valoração dada pelo juiz do processo originário. E assim é porque cada juiz é livre para decidir e assim para valorar a prova emprestada, de modo que não há como querer transpor para o outro processo os fundamentos da decisão proferida no processo em que se produziu originariamente a prova emprestada.

A prova emprestada produzida oralmente é inconciliável com ordenamento que exija observância absoluta do princípio da identidade física do juiz. Se o ordenamento contém tal princípio como regra, mas admite exceções, não há motivo para que não se admita a prova emprestada no que se refere a estas.³⁰⁶

306. No direito brasileiro, o princípio da identidade física do juiz praticamente não mais existe, na medida em que só haverá vinculação necessária em relação ao juiz que concluir a instrução da causa, e não em relação ao juiz que iniciar a instrução, sem contar que não haverá vinculação alguma se o juiz que concluiu a instrução estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que o substituto ou sucessor só mandará

14.2. Direito de acesso à justiça e o princípio da proibição de produção de prova obtida por meios ilícitos Determinados ordenamentos jurídicos consagram o princípio da proibição de prova obtida por meios ilícitos.³⁰⁷

No sentido amplo da expressão, toda conduta ilícita é contrária ao direito, de maneira que a produção de prova vedada pelo ordenamento é conduta que só se pode qualificar como ilícita. Assim, para afastar equívocos, o primeiro aspecto a ser abordado em relação a esse tema é o de que o conceito de ilicitude deve ser visto em sentido restrito, isto é, no que se refere apenas ao aspecto material, mais precisamente à conduta ilícita na obtenção da prova, como, por exemplo, submissão de alguém à tortura ou a qualquer constrangimento ilegal, interceptação telefônica sem autorização judicial, violação de correspondência, invasão de domicílio, subtração de documento, etc.

Com efeito, nesse sentido não se enquadra no conceito de prova ilícita aquela em que apesar de prevista no ordenamento jurídico genericamente e da obtenção por meios lícitos, é vedada por esse mesmo ordenamento em face de determinadas circunstâncias. É o caso de produção de prova exclusivamente testemunhal que em determinado processo é vedada considerando o valor do contrato de que trata a demanda.³⁰⁸ Por isso mesmo, é mais exato falar em princípio da proibição de produção de prova obtida por meios ilícitos do que em princípio da proibição da prova ilícita.

repetir as provas se entender necessário (Código de Processo Civil, art. 132 e parágrafo único). Além disso, são exceções necessárias a tal princípio a prova produzida mediante cartas (rogatória, precatória e de ordem) e o julgamento de recurso no órgão de 2º grau, o qual não se limita a examinar questões de direito.

307. É o caso do direito brasileiro, cuja Constituição dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LXI).

308. Nesse sentido dispõe o art. 401, do Código de Processo Civil brasileiro: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

Os problemas jurídicos envolvendo o princípio da proibição de prova obtida por meios ilícitos não são de fácil solução, como se aparenta, a não ser para quem entende que deve tal princípio ser aplicado em caráter absoluto.

A realidade demonstra que o princípio da proibição da prova obtida por meios ilícitos não está imune de colisão com outros princípios constitucionais, em particular o próprio princípio do acesso à justiça enquanto direito a um processo justo.

Se o princípio da proibição de prova obtida por meios ilícitos está posto na ordem jurídica, inclusive em alguns Estados em nível constitucional, é evidente que admitir prova assim obtida não se ajusta ao próprio princípio do processo devido em direito, nem ao princípio do acesso à justiça, porque tal acesso não pode ocorrer de toda e qualquer maneira. No entanto, forçoso é convir que em determinadas circunstâncias a inadmissão pura e simples de prova que já se incorporou ao processo e já se sabe que demonstrará a verdade dos fatos em favor da parte que a produziu como a solução justa para o caso, confronta

-se com o princípio do acesso à justiça enquanto direito à ordem jurídica justa.

Deste modo, não cabe dizer que o princípio da proibição de produção de prova obtida por meios ilícitos

deve ser aplicado em caráter absoluto, como também falta razão a quem afirma que tal princípio não se aplica em caso algum. Em face desse problema, o juiz também deve ponderar os valores em colisão a partir do princípio da proporcionalidade e dar a solução mais adequada admitindo ou não a prova segundo as circunstâncias do caso concreto. Assim, devem ser analisados, dentre outros aspectos, o bem da vida objeto do processo (por exemplo: a própria vida, a liberdade, substancial parcela do patrimônio, etc., não podem ser igualados a direito de crédito de pequeno valor), o grau da ilicitude (por exemplo: tortura não pode ser equiparada a simples subtração de documento) e, sobretudo, se a conduta ilícita era o único meio que a parte tinha para obter a prova. E tudo sem prejuízo de que eventual admissão de prova obtida por meio ilícito não afasta a responsabilidade civil, penal ou de outra natureza ante o ilícito praticado.³⁰⁹

De outro lado, existem casos em que na prática a prova já foi produzida, mas o juiz deve desconsiderá-la por não merecer a menor credibilidade. Assim, por exemplo, a confissão obtida por meio de tortura ou outro constrangimento ilegal enquanto prova única do processo não pode merecer a menor credibilidade. Sabe-se que no processo penal a confissão ainda que obtida por meios lícitos não é suficiente para, por si só, condenar alguém. No processo civil, a solução pode ser outra, mas ficando apurado no próprio processo que sua obtenção se deu por esse meio nefando, o juiz deve desconsiderá-la independentemente de ação anulatória para tal fim.

Em torno desse tema surge o problema da prova ilícita por derivação. Nesse ponto, segundo a **teoria dos frutos da árvore envenenada** (*fruits of the poisonous tree*) a prova lícita produzida numa relação de dependência necessária com prova ilícita também deve ser considerada ilícita por extensão. É o caso, por exemplo, de o acusado apontar sob tortura as testemunhas do crime, as quais prestam depoimento em procedimento regular.

309. No sentido do texto: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, pp. 49-50; GRINOVER, Ada Pellegrini e FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 136-137; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In *Temas de direito processual civil*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 107-123. No HC nº 79512, o Supremo Tribunal Federal tratou do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita nos seguintes termos: “Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência” (disponível na internet em www.stf.gov.br, acesso em 05 de setembro de 2006).

Sustentam alguns autores que a prova ilícita por derivação deve ser admitida porque não há proibição expressa na Constituição.³¹⁰

Essa hermenêutica puramente literal não convence. Parece-nos que a prova ilícita por derivação deve ser igualmente tida como ilícita, na medida em que sem ela não se chegaria ao resultado de que trata a prova lícita, de maneira que, em princípio, não deve ser admitida no processo. No entanto, há que se aplicar aqui, com mais forte razão, o princípio da proporcionalidade para admiti-la em casos excepcionais.³¹¹

Assim, a admissão de prova ilícita no processo, inclusive de prova ilícita por derivação, decisiva no resultado favorável à parte que a produziu, importa em verdadeira negação do acesso à justiça se não era o caso de, em atenção ao princípio da proporcionalidade, excepcionar tal garantia. Do mesmo modo, a inadmissibilidade de prova ilícita, quando era o caso de sua admissão em caráter excepcional porque igualmente decisiva para a demonstração do direito da parte que a produziu, também importa em negação do acesso à justiça, tudo isso no sentido de acesso à ordem jurídica justa.

310. Nesse sentido, Paulo Rangel, ao anotar que “o texto constitucional não prevê, expressamente, a vedação à prova derivada da obtida por meio ilícito. Ou seja, veda apenas a obtida por meio ilícito e não aquela que, lícitamente, foi obtida”. In **Direito processual penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 421.

311. No HC nº 72588-PB, julgado dia 12 de junho de 1996, o Supremo Tribunal, por maioria apertada (com apenas um voto de diferença), decidiu no sentido de que “as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do Paciente” (disponível na Internet no site www.stf.gov.br, consultado dia 05 de setembro de 2006).

Capítulo VIII

Acesso à justiça e o princípio da publicidade dos atos processuais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conteúdo do princípio.

1. Introdução

O direito de ser informado de tudo quanto ocorre no processo é fundamental para o exercício dos direitos processuais. O processo é público. Logo, em princípio, o segredo, especialmente em relação às próprias partes, é incompatível com algo que por natureza é público e, assim, é incompatível com o verdadeiro acesso à justiça. Passaremos, pois, a analisar as relações entre o princípio da publicidade dos atos processuais e o direito de acesso à justiça.

2. Conteúdo do princípio

O princípio da publicidade dos atos processuais se refere às partes e ao público em geral. Significa, de um lado, que todo o processo deve se desenvolver de forma transparente para as partes, de modo que estas devem ser comunicadas de todos os atos processuais para deles participarem ou para presenciá-los; e, de outro lado, para o público em geral para permitir a qualquer pessoa ter acesso aos autos do processo e presenciar atos processuais orais (audiências ou sessões de julgamento), ainda que não tenha direito ou interesse jurídico a defender.³¹²

Como visto, o princípio da publicidade dos atos processuais tem um aspecto endógeno e um aspecto exógeno. Do ponto de vista endógeno, o princípio da publicidade tem conotação amplíssima, o que significa dizer que, em regra, não poderá haver restrição da publicidade dos atos processuais para as próprias partes e para seus advogados. Do ponto de vista exógeno, pode haver maiores restrições.

312. O princípio da publicidade dos atos processuais está expressamente consagrado na Constituição brasileira que dispõe no art. 5º, LX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...”, aduzindo-se que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Assim, por exceção, o princípio da publicidade pode deixar de ser aplicado temporariamente em relação à própria parte e seu advogado por motivo de possibilidade de ineficácia de decisões liminares, de maneira a que se a parte tomar conhecimento do ato antes da sua execução poderia envidar meios para torná-lo ineficaz. Falamos **temporariamente**, porque a parte que sofreu tal restrição deverá ter conhecimento do ato logo que o perigo de ineficácia da decisão desapareça. Veja-se, no entanto, que em casos assim a restrição se limita ao próprio ato e, se necessário, à sua execução.³¹³

Também é possível restrição indireta ao princípio da publicidade em relação à própria parte e até mesmo ao seu advogado, caso criem tumulto em audiência ou em sessão de julgamento a ponto tal que o juiz tenha que determinar a saída dos mesmos do lugar em que se está praticando o ato. Falamos aqui em **restrição indireta** porque, apesar de que para a parte ou seu advogado expulsos do lugar da audiência o ato se realizará sem eles, tal providência, em verdade, não se fundamenta na necessidade de segredo para a prática do ato, mas sim na necessidade de garantia da ordem pública e do prosseguimento do processo sem dilações indevidas. Tanto é assim que, não sendo o caso de segredo de justiça (segredo para o público em geral), o ato atinge apenas a quem se portou de modo a inviabilizar a realização da audiência ou o julgamento. Outra demonstração de que tal providência não se funda na necessidade de segredo, mas sim na garantia da ordem pública e do prosseguimento do processo sem dilações indevidas,

313. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, art. 804.

Acesso à justiça 285

está em que nada impede que as partes e seus advogados tomem conhecimento posteriormente de todos os

atos praticados na audiência. Evidentemente que em casos assim tão extremos o juiz deve ter o máximo de cautela possível, só tomando esse tipo de decisão como última solução. Vale dizer, sem tal solução drástica o ato não seria praticado, tendo que ser adiado e podendo haver repetição de tal conduta, o que, na prática, poderia resultar até mesmo em inviabilização do prosseguimento do processo.

No processo penal, tendo o juiz que tomar a medida extrema de determinar a expulsão de advogado da parte que se porta de maneira inconveniente a ponto de obstar a realização da audiência, terá que suspender esta e nomear advogado *ad hoc*, tendo em vista o princípio da efetiva defesa.³¹⁴

Normalmente, as restrições ao princípio da publicidade para o público em geral objetivam preservar a intimidade das partes, como acontece, por exemplo, nas causas alusivas a direito de família. Assim, para preservar a intimidade das pessoas o juiz deve ter a cautela de publicar os atos processuais em órgão oficial sem o nome das partes, permitindo-se identificação da causa pelos nomes dos advogados, letras iniciais dos nomes das partes e número do processo. De outro lado, o juiz só deve permitir nas audiências e sessões de julgamento a presença das partes ou terceiros admitidos no processo, seus representantes legais, seus advogados, o representante do Ministério Público e os serventuários necessários ao serviço. Do mesmo modo, o acesso aos autos do processo só deve ser permitido a essas mesmas pessoas, mas é possível que terceiro que não interveio no processo requeira tal acesso ou cópia de alguma peça ou documento para a defesa de algum direito, caso em que, uma vez demonstrado tal interesse, tal requerimento não pode ser negado.³¹⁵

314. Cf. Código de Processo Penal brasileiro, arts. 261 e 265 e parágrafo único.

315. Cf. Código de Processo Civil brasileiro, art. 155, II e parágrafo único.

O princípio da publicidade dos atos processuais pode sofrer limitação em relação ao público em geral por motivos de segurança ou por impossibilidade material de atender a todas as pessoas que pretendam assistir determinada audiência ou sessão de julgamento por insuficiência de espaço, o que acontece, via de regra, em causas envolvendo pessoas famosas ou de grande repercussão social. Como se vê, em casos assim o princípio da publicidade, em verdade, do ponto de vista exógeno é amplamente aplicado, na medida em que a limitação se dá apenas no que se refere à quantidade de pessoas estranhas ao processo que pretendem assistir ao ato. Nestas circunstâncias, o juiz deve dar prioridade aos profissionais da imprensa, da área jurídica, aos estudantes de direito, etc, pelo fato de existir relação direta entre o ato e as atividades normais das pessoas que trabalham em tais áreas, e ficar atento à ordem de chegada das pessoas, porque assim evita privilégios descabidos.

Do mesmo modo, não há que falar em quebra do princípio da publicidade se o juiz determinou a retirada de pessoas estranhas ao processo e aos trabalhos que estiverem se comportando de maneira a impedir ou a dificultar a prática do ato.

Como visto, com as exceções referidas, processo fechado para o público em geral é processo com forte carga de suspeita de arbitrariedades ou de ilegalidades, sendo razoável supor que tal tipo de conduta visa evitar que a sociedade tome conhecimento de tais mazelas. No que diz respeito às próprias partes e a seus advogados, salvo casos de extrema necessidade limitados a determinados atos e ao tempo necessário, processo sem publicidade não garante verdadeiro acesso à justiça, na medida em que não seria possível o exercício dos direitos.

Capítulo IX

Acesso à justiça e o princípio da fundamentação das decisões judiciais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Qualificação da motivação das decisões judiciais como princípio jurídico. 3. Motivação da sentença na perspectiva dos direitos fundamentais. 4. Motivação da sentença frente a trilogia estrutural do processo. 5. Definição e conteúdo da motivação. 6. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incompleta. 7. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incongruente.

8. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sem razoabilidade. 9. Conteúdo da motivação e o problema da motivação ininteligível. 10. Conteúdo da motivação e o problema da motivação *per relationem*. 11. Conteúdo da motivação e o problema da motivação *aliunde*. 12. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sucinta. 13. Conteúdo da motivação e o problema da chamada motivação implícita. 14. Caracterização da decisão imotivada.

1. Introdução

A fundamentação das decisões é essencial para as partes e para a sociedade, na medida em que é garantia contra o arbítrio judicial. Decisão arbitrária no fundo é denegação de justiça, de modo que há direta relação entre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e o direito de acesso à justiça.

2. Qualificação da motivação das decisões judiciais como princípio jurídico

Sustentam alguns autores que a motivação das decisões judiciais não chega a ser um princípio jurídico, tratando-se de simples exigência técnica e mera projeção do princípio do *due process of law*.³¹⁶

Não concordamos com tal posicionamento meramente dogmático e redutor da relevância da motivação das decisões judiciais. Sabe-se, conforme destacado acima, que o princípio do processo devido em direito é o mais importante e o mais abrangente de todos os princípios processuais. No entanto, isso não significa que o princípio do processo devido em direito é o único princípio processual. Todos os princípios processuais derivam do princípio do processo devido em direito, mas isso não autoriza dizer, por exemplo, que o princípio do contraditório não é autônomo. O mesmo sucede com o princípio da fundamentação das decisões: tem conteúdo próprio, mas se insere no princípio maior, que é o princípio do processo devido em direito.³¹⁷

316. Assim, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que a Constituição brasileira “formula a exigência de motivação das decisões judiciais, que não se qualifica como princípio porque lhe falta o caráter de idéia-mestra, ou ponto de partida: trata-se de exigência técnica das mais importantes e grande responsabilidade pelo perfil político-democrático do processo, sendo uma projeção especificada do princípio do *due process law* – esse, sim, um autêntico princípio”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, cit., vol. I, p. 197.

317. Como esclarece Maria Thereza Gonçalves Pero, “o preceito constitucional da obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais e o princípio do devido processo legal mantêm entre si uma relação de interdependência muito grande, representando, ambos, a concretização de um princípio político maior, que é o da controlabilidade sobre o modo como o Poder é exercido no moderno Estado de Direito”. PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14.

3. Motivação da sentença na perspectiva dos direitos fundamentais

O constitucionalismo moderno assimilou a ideia de direitos fundamentais, no sentido de que uma verdadeira constituição não pode prescindir da previsão de tais direitos, obviamente que partindo de uma teoria geral dos direitos fundamentais.³¹⁸

No entanto, o fato de determinados direitos não se encontrarem expressos no texto constitucional, ou, se estão expressamente previstos, não se encontram situados no capítulo dos direitos fundamentais, não significa que aquela determinada Carta Constitucional não garanta determinados direitos que podemos qualificar como fundamentais.³¹⁹

No nosso modo de entender, a motivação das decisões judiciais se insere no princípio do devido processo legal. Isso significa dizer que não atende ao princípio do devido processo legal – este, inquestionavelmente, um direito fundamental, sob todos os aspectos – um sistema jurídico que permita aos seus juízes decidir a respeito da vida, da liberdade, da propriedade e demais bens das pessoas sem motivação relativa aos fatos e ao direito, com a devida pertinência, às partes e à sociedade, ainda mais quando tal sistema se diz um Estado Democrático de Direito.³²⁰

318. Como diz Robert Alexy, “una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un

determinado tipo, por exemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de pres- taciones”. ALEX Y Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Cit., 2002, p. 34.

319. Conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni, “como se vê, a Constituição, em seu art. 5º, § 2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. Portanto, se a Constituição enumera direitos fundamentais, no seu Título II, isso não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – estejam inseridos em outros dos seus títulos, ou mesmo fora dela”. MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. InGenesis – Revista de Direito Processual Civil, n. 28. Curitiba: abril/junho de 2003, p. 298. Por isso mesmo, tem inteira razão César Faria Júnior ao propósito dos dispositivos da Constituição brasileira que tratam da necessidade de fundamentação das decisões (art. 93, IX e X), quando sustenta que “tais normas ficariam em melhor situação topográfica, tivessem sido incluídas expressamente no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), em um dos incisos do art. 5º, Capítulo I, como decorrência do devido processo legal”. FARIA JÚNIOR. César. **A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos**. InFascículos de Ciências Penais, vol. 4, n. 1, janeiro/março, 1991, p. 38.

Como visto, expressa ou implicitamente na Constituição ou em lei infra-constitucional, disciplinado no lugar adequado ou não na Carta Política, se determinado Estado se proclama democrático de direito não podem os intérpretes deixar de considerar o princípio da motivação das decisões judiciais como direito fundamental do cidadão submetido ao poder jurisdicional.³²¹

320. Como esclarece Rui Portanova, “trata-se de uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa”. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 248.

321. Pode-se, pois, no particular, dar inteira razão a Cristina M. M. Queiroz, ao asseverar que “a esta luz, ‘a posição dos tribunais no sistema jurídico’ obedece a dois elementos basilares: posituação e democratização. Ambos desenvolvem efeitos recíprocos. A ‘posituação dos direitos’, operada primeiramente com os códigos, e, depois, com a promulgação das constituições escritas, não garante por si só a ‘democratização da política’. Esta implica uma maior ‘protecção jurídica’ do indivíduo e dos seus ‘direitos constitucionais’. Daqui decorre uma intrínseca ‘processualização’ do direito que chega também ao direito constitucional. É o que HABERMAS designa, de modo sugestivo, por ‘paradigma da compreensão procedimental do direito’ e do ‘sistema jurídico’. Essa ‘Gemeinwohlfudikatur’, como lhe chama HABERLE, assenta na constitucionalização de determinados ‘índices de bem comum’ como sejam a ‘proporcionalidade’, a ‘não-arbitrariedade’, a ‘proibição do excesso’ e a ‘fundamentação’ das decisões, nelas inseridas as decisões dos tribunais”. QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Editora Coimbra, 2002, pp. 289-290. Tem igualmente razão João Batista Gomes Moreira quando adverte que “é incompreensível a garantia de respeito aos direitos fundamentais, sintetizados no devido processo legal, sem exigência de motivação da sentença”. MOREIRA, João Batista Gomes. **Fundamentação tridimensional da sentença**. Cartilha Jurídica n. 65. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, maio, 1999, p. 37.

4. Motivação da sentença frente à trilogia estrutural do processo

O processo envolve uma trilogia estrutural. Quem fala na existência de um processo em concreto está a falar ao mesmo tempo em ação e em jurisdição. Processo em tramitação significa existência de relação processual pela qual, de um lado, as partes exerceram o direito de ação – pelo menos o autor já o exerceu – (envolvendo o direito de defesa já exercido pelo réu ou ao menos a ele garantido) e, de outro lado, o juiz está a exercer a função jurisdicional. Todos os sujeitos dessa relação processual (partes e juiz) só podem atuar (ação-defesa, jurisdição) no processo.

Tudo no processo – e aqui excluimos o processo de execução – gira em torno de um objetivo: a sentença, expressão máxima e final do exercício da função jurisdicional.³²²

Com efeito, não se pode falar em exercício da jurisdição sem motivação da sentença, porque o juiz estaria a ignorar a ação (demanda e defesa por ventura exercida). Portanto, a jurisdição só atuou até o momento em que se prolatou a suposta sentença. Como pacificar pessoas em conflito se aquele encarregado de tal mister ao invés de expor os motivos pelos quais confere o bem da vida a um ou ao outro dos sujeitos em conflito, pratica violência pura ante sua injustificável omissão? Indubitavelmente, onde há direito de ação exercido, o Estado está a dever o exercício da função jurisdicional, que só existe juridicamente se apresentada com razoabilidade, a motivação da sentença.

322. Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, que ao invés da expressão trilogia prefere o vocábulo quadrinômio, “as grandes categorias do direito processual, que compõem e exaurem o objeto das normas processuais, são a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. A jurisdição é o poder que o juiz exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos; a ação é o poder de dar início ao processo e participar dele com vista à obtenção do que pretende aquele que lhe deu início; a defesa é o poder de resistir, caracterizando-se como exato contraposto da ação; o processo é ao mesmo tempo o conjunto de atos desses três sujeitos, o vínculo jurídico que os interliga e o método pelo

qual exercem suas atividades. Tudo que as normas processuais disciplinam enquadra-se num desses quatro setores do direito processual ou cumulativamente em mais de um deles. Nada no direito processual ou em sua ciência, está fora desses setores. O quadrinômio jurisdição-ação-defesa-processo constitui e exaure, portanto, o objeto material da ciência processual – ou seja, as realidades a que esta dedica suas investigações e suas conclusões”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, cit., vol. I, pp. 293-294.

5. Definição e conteúdo da motivação

Desenvolvendo o quanto acima salientado, a motivação da sentença é o elemento desta pelo qual o juiz apresenta uma justificação às partes quanto às questões de fato e quanto às questões de direito para chegar ao dispositivo. Com isso está o juiz a explicar qual das partes em conflito tem razão. Fundamentar ou motivar³²³ significa preparar a parte conclusiva, dita dispositiva, da sentença. Por outras palavras, a fundamentação é o elemento da sentença em que o juiz expõe argumentos pertinentes, claros, lógicos e razoáveis a respeito dos fatos e do direito, justificando, assim, o dispositivo que apresentou ou irá apresentar. Motivação ou fundamentação da sentença significa expor argumentos justificadores do dispositivo. Nesse sentido, a motivação da sentença não deixa de ser uma peça de argumentação jurídica, apesar de que isso não revela sua exata natureza jurídica.

323. Informa José Rogério Cruz e Tucci que “a jurisprudência da Suprema Corte argentina construiu uma original teoria sobre o conceito de julgamento arbitrário, traçando clara distinção entre motivação e fundamentação”. Com efeito, reputa-se carente de fundamentos o ato decisório que contraria frontalmente algum preceito constitucional, sendo, nesse caso, cabível o recurso extraordinário (de inconstitucionalidade), disciplinado no art. 100 da Constituição Nacional. De outra parte, toda vez que a sentença for fundada em errônea interpretação de texto legal ordinário será considerada imotivada. Em tal hipótese, o meio adequado de impugnação será o recurso de cassação previsto nos Códigos processuais das províncias”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 87-88. Sem entrar no mérito da discussão a respeito dos meios de impugnação, vê-se que tal distinção é artificial. Fundamentação e motivação são expressões sinônimas. Se, do ponto de vista do direito, a sentença está fora do razoável, tem-se uma falsa fundamentação, uma arbitrariedade, não importando se a questão de direito é constitucional ou infra-constitucional. Em resumo, no nosso ponto de vista, conforme visto no texto principal, sentença arbitrária é aquela desprovida de qualquer justificativa, seja quanto aos fatos seja quanto ao direito, do dispositivo que apresentou, ou que apresenta justificativas sem pertinência, seja quanto aos fatos seja quanto ao direito, ou justificativas sem inteligibilidade ou mesmo fora do razoável, não importando se a causa versa sobre questão constitucional ou questão infra-constitucional.

Se o juiz simplesmente, após o relatório, ou mesmo sem este, insere o dispositivo, a hipótese é de total falta de motivação. Não paira dúvida sobre a falta de motivação e a nítida conduta arbitrária do juiz.

6. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incompleta

É bastante complexo o problema da sentença apenas com motivação parcial. Com efeito, a motivação deve ser completa, vale dizer, o juiz deve fundamentar todos os pontos relevantes da ação ou da defesa, tendo-se por relevante toda e qualquer suscitação de questão de fato ou de direito que pode influenciar o resultado do julgamento, no sentido de que, tendo-se por hipótese determinado resultado e a omissão do juiz, o ponto omissso poderia conduzir a conclusão diversa da que chegou o magistrado.³²⁴ Isso vale tanto em relação ao autor quanto em relação ao réu. Temos como certo, por exemplo, que se o autor cumulou dois pedidos (cumulação simples), o juiz rejeitou ambos, mas só apresentou motivação quanto a um deles, há falta parcial de motivação, ou seja, inexiste motivação alusiva ao pedido a respeito do qual nada se explicitou. Do mesmo modo, se o réu, por exemplo, contesta uma ação de cobrança, argui prescrição e outras defesas de fundo, e o juiz rejeita a prescrição sem a menor explicação e rejeita as demais defesas com fundamento razoável, também não há completude na motivação. Como nossa posição, abaixo esclarecida, é no sentido de que onde não há motivação não há sentença, tratar as duas hipóteses diferentemente fere o princípio da isonomia.

324. Como diz Michele Taruffo, “há completude da motivação quando o juiz enuncia, além das premissas e dados relevantes para a decisão da causa, as regras de escolha com base nas quais a decisão mesma pode considerar-se uma consequência de tais premissas ou do critério da decisão”. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedan, 1975, p. 451.

7. Conteúdo da motivação e o problema da motivação incongruente

A motivação deve ter inteira pertinência com o objeto da causa, vale dizer, com os fatos jurídicos que

sustentam o pedido, com o próprio pedido e com a defesa. Motivação impertinente significa motivação inexistente, porque, na realidade, nada se decidiu a respeito do objeto da causa.³²⁵

8. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sem razoabilidade

A motivação deve ser razoável, o que significa dizer que o juiz deve encontrar fundamentos dentro do ordenamento jurídico, não podendo encontrar soluções sem a mínima razoabilidade, ou seja, não pode o magistrado apresentar, à guisa de fundamentação, soluções arbitrárias, soluções sem qualquer aceitação na comunidade jurídica ou mesmo soluções ridículas.³²⁶

Na verdade, motivação sem um mínimo de razoabilidade é também motivação inexistente, porque o juiz não apresentou solução jurídica alguma tendo em consideração a ordem jurídica em que está inserido.³²⁷

325. No direito argentino, a jurisprudência e a doutrina inserem os casos em que os juízes se omitem em considerar e resolver certas questões oportunamente propostas ou resolvem questões não apresentadas como de sentenças arbitrárias. Veja-se, no ponto, Genaro R. Carrió e Alejandro D. Carrió, **El recurso extraordinario por sentencia arbitraria**. 3ª ed. 1ª reimpressão Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo I, 1983, p. 57.

326. Como anotado por Niklas Luhmann, “um juiz não deve comprometer qualquer sentimento ou relações, atitudes ou informações no processo jurídico: deve deixar ao processo jurídico o seu caráter como sistema social regido apenas pela lei. Por outro lado seria estranho e poderia até levar a sanções se ele quisesse, na sua vida particular, fazer troça do seu papel oficial, designar a sentença de morte como uma piada, dar a conhecer a sua própria opinião mesmo derrotada, ou afirmar que ele poderia fundamentar tudo o que quisesse.

9. Conteúdo da motivação e o problema da motivação ininteligível

Não se pode considerar como existente motivação totalmente ininteligível. Se a redação apresentada na sentença é absolutamente incompreensível, falta comunicação. Logo, não se pode falar em motivação do que não é passível de compreensão.

10. Conteúdo da motivação e o problema da motivação *per relationem*

Questão complexa é a denominada motivação *per relationem*, que é aquela em que o juiz ao invés de apresentar motivos próprios se reporta a motivos apresentados por outrem (partes, membro do Ministério Público, juiz de primeiro grau em relação ao juiz do recurso etc.) no mesmo processo. Discute-se se há motivação na hipótese. Torna

-se necessário verificar quem é esse outro e em que circunstâncias se deve ter a motivação *per relationem* como existente ou inexistente do ponto de vista jurídico.

Veja-se o corriqueiro exemplo de decisão de tribunal que, ao julgar um recurso, nega provimento a este simplesmente repetindo os fundamentos já expostos na sentença recorrida ou simplesmente expondo a fórmula de que mantém a sentença por seus próprios fundamentos. Ora, se o recurso contém fundamentos relevantes, o órgão julgador deste tem que apresentar motivação própria refutando um a um todos os argumentos apresentados pelo recorrente, dando os motivos pelos quais os recusou, se algum deles, uma vez acolhido, tiver a força de conduzir o tribunal a reformar a sentença recorrida. Se o legislador exige do recorrente que apresente os fundamentos do recurso não poderia dispensar do órgão julgador os fundamentos da sua decisão frente à sentença atacada, ainda que para mantê-la. O juiz que nega provimento a recurso seriamente fundamentado apenas afirmando que mantém a sentença por seus próprios fundamentos não apresenta fundamentação alguma.³²⁸

Segundo esta orientação ele fica obrigado à apresentação de consistência e à contínua identificação com a sua atuação e respectivas premissas”. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, pp. 82-83.

327. Na Argentina, jurisprudência e doutrina têm como arbitrárias as sentenças que “*fuleron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico o prescindien del texto legal sin dar razón plausible alguna*”. Cf. Genaro R. Carrió e Alejandro D. Carrió, **El recurso...**, cit., pp. 57-58.

Mais deplorável ainda é a “motivação” que toma como razões de decidir apenas os argumentos de uma das partes. Simplesmente não há, na hipótese, motivação alguma, na medida em que a parte contrária não teve seus fundamentos analisados.³²⁹

Pensamos que deve ser aceita, embora não seja recomendável, a motivação *per relationem* quando o juiz adere na sentença, aos fundamentos apresentados em parecer do Ministério Público, quando tal instituição estiver atuando no processo como *custos legis* sempre limitadamente às hipóteses em que estiver a opinar, ou seja, sem qualquer manifestação postulatória.³³⁰ É que nesta condição a atuação do Ministério Público é semelhante à do juiz no que se refere à busca da solução mais justa ao caso e da imparcialidade do membro da instituição.

328. Claramente inconstitucional, porque autorizadora de julgamento sem fundamentação, à luz do exposto no texto principal, a 2ª parte do art. 46, da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995 (Lei que regulamenta os juizados especiais), que dispõe: “Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

329. Veja-se trecho do seguinte acórdão da 13ª Câmara Civil do Estado de São Paulo frente ao qual Miguel Reale apresentou parecer: “Contrariado o recurso e pagas as custas de preparo subiram os autos. 2. É incensurável a r. sentença recorrida, que bem aplicou o direito ao caso objeto da ação. Com efeito, o autor, Dr. Hebraim Hellack, ao manifestar-se pela rejeição do agravo retido e pela confirmação da sentença, diz, com propriedade:”. Acrescenta Miguel Reale que “o que é dito com propriedade não é senão as contra-razões do Apelado transcritas de fls. 1033 *usque* fls. 1054, também *ipsis litteris*, tudo sem externalização de qualquer ‘juízo crítico próprio’ por parte dos julgadores”. Como diz o referido autor, em combate ao aludido acórdão, após mencionar o art. 5º, inciso LV da Constituição brasileira, “a esse dispositivo constitucional não tem sido dada a devida atenção, mas ele, além de assegurar ‘o contraditório’ aos litigantes, lhes confere ampla defesa, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’, os quais resultam manifestamente prejudicados quando uma sentença

Na remessa necessária, entendemos que a motivação *per relationem* deve ser admitida. É que, no caso, diferentemente do recurso, o tribunal se depara apenas com a sentença. Se a sentença está fundamentada e sendo totalmente confirmada, não há razão alguma para se exigir fundamentos próprios do órgão de segundo grau.

Nos julgamentos de órgãos colegiados há motivação *per relationem* quando algum julgador simplesmente diz que vota com o relator (e, no caso, isso vale para a motivação e para o dispositivo) ou com algum outro membro do órgão que emitiu voto divergente, mas prevalecente. Como se sabe nos julgamentos colegiados cada voto é uma decisão; essas decisões somadas se integram numa só decisão do órgão, à unanimidade ou por maioria, nessa última hipótese em observância ao democrático princípio da maioria.³³¹ Assim, o voto de juiz enquanto componente de órgão colegiado que adere ao voto de outro julgador deve ser tido como juridicamente existente

ou um acórdão são emanados com dispensa dos requisitos de relatório suficiente, e da devida fundamentação: verifica-se, por outras palavras, implícita supressão de instância, quer por ser nenhuma a decisão exarada *contra legem*, quer por dificultar ou tornar impossível o recurso *de meritis*”. REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 154-155 e 160).

330. Sabe-se que o Ministério Público pode atuar no processo como parte e como *custos legis*. Na primeira hipótese, não se pode cogitar de motivação *per relationem*. Como *custos legis*, necessário se faz verificar se o membro do Ministério Público formulou postulações ou se sua atuação é meramente opinativa. É que nessa última hipótese, ao agente do Ministério Público se exige tanta imparcialidade quanto se exige do juiz. Evidentemente que, por isto mesmo, não há paralelo entre o parecer de agente do Ministério Público e o parecer de jurisconsulto contratado pela parte, onde este apresenta argumentações com óbvio sentimento de parcialidade, tanto quanto as argumentações apresentadas pelo próprio advogado que o consultou. Assim, por exemplo, apesar de atuar como *custos legis*, o Ministério Público pode recorrer. Nesse caso, não se deve cogitar de motivação *per relationem* em relação às razões de recurso, porque quem recorre está, em verdade, atuando como parte no recurso e como tal deve ser considerado no procedimento recursal. Também não deve nesse caso ser aceito o parecer do Ministério Público como motivação integral da decisão, ainda que apresentado por outro membro da instituição, porque aquele sentimento de imparcialidade desaparece.

11. Conteúdo da motivação e o problema da motivação *aliunde*

Entende-se por motivação *aliunde* aquela em que o juiz invoca como razões de decidir os motivos de decisão prolatada em outro processo.³³²

Não se deve recusar tal tipo de motivação, como também não há porque rejeitar teses de doutrinadores em obras científicas como motivação. As teses jurídicas postas nos julgados nada mais são do que “doutrina dos juízes”. É necessário, no entanto, verificar, se o precedente tido como paradigma está

fundamentado e se o caso a que ele se refere não tem variação fática em relação ao caso em julgamento, na medida em que a menor variação fática pode importar em diverso resultado no julgamento.³³³

331. No direito brasileiro, se o voto do relator fora integralmente acatado pelos demais membros do órgão colegiado ou, mesmo havendo divergência, fora prevalecente, a ele cabe redigir o acórdão como decisão do órgão (Código de Processo Civil, art. 556). Na prática, às vezes os votos divergentes minoritários são redigidos por cada membro do colegiado em separado ou então mediante exposição das notas taquigráficas do julgamento. Se algum membro do órgão apresentou um primeiro voto divergente do relator e seu voto prevaleceu, a esse membro que apresentou o primeiro voto divergente cabe o papel de redigir o acórdão como decisão do órgão (Código de Processo Civil, art. 556). Às vezes, algum membro ou até mesmo todos os membros do colegiado diverge ou divergem do relator apenas nos fundamentos, mas não no dispositivo. Nesse caso, a decisão é considerada unânime e não há substituição de relator, mas é de todo conveniente, já que não existe lei expressa sobre tal particularidade, que os demais votos convergentes no dispositivo, mas com fundamentação divergente, sejam também apresentados, ainda que mediante juntada aos autos das notas taquigráficas, na medida em que o julgamento colegiado é oral e uno (cf. Código de Processo Civil, art. 554).

332. Alguns autores tratam motivação *aliunde* como mais um modo de motivação *per relationem*. É o caso, por exemplo, de Maria Thereza Gonçalves Pero. In **A motivação...**, cit., p. 119. Como se verifica no texto principal, entendemos que há profundas diferenças entre os dois tipos de motivação.

12. Conteúdo da motivação e o problema da motivação sucinta

Não vemos qualquer problema na motivação sucinta, que não pode ser confundida com motivação incompleta. Mais inadmissível ainda é querer comparar motivação sucinta com falta de motivação ou com falsa motivação. O que importa é que todas as questões relevantes que exijam decisões estejam fundamentadas. Nesse sentido, vê-se que a capacidade de decidir concisamente é uma virtude, porque o juiz demonstrou aptidão para apresentar algo nos termos exigidos pela ordem jurídica em menor tempo, o que significa aplicação do princípio da celeridade.

Alguns sistemas jurídicos expressam a possibilidade de motivação sucinta em determinados tipos de questão, dando a impressão que a permissão se limita àquilo que expressa.³³⁴

333. Por isso mesmo, ementa de acórdão, muitas vezes completamente distorcida e fora da realidade dos fatos do próprio processo de onde emanou, não pode servir como motivação em outro processo por impertinência. Ainda que a ementa de acórdão invocado como paradigma seja bem elaborada e pertinente ao caso a ser julgado, pela razão de sintetizar a tese jurídica do julgamento atinente ao processo de onde emanou, não é suficiente para revelar a exata compreensão do precedente em relação ao caso que está sob julgamento. Só a íntegra do acórdão, desde que bem elaborado, permite tal compreensão.

334. É o caso do Código de Processo Civil brasileiro (arts. 165 e 459). Diz Rogério Bellentani Zavarize, ao propósito da norma que autoriza motivação sucinta quando a sentença é terminativa (que extingue o processo sem julgamento do mérito), que “a concisão permitida pelo

Nesse ponto, a relevância está em que se verifique a existência ou inexistência de motivação. Não importa se a motivação está posta em termos concisos ou em longas argumentações. De outro lado, quando o legislador autoriza motivação concisa com relação a determinado tipo de decisão está a imaginar a menor complexidade da questão a ser decidida, de maneira que é isso e só isso que deve ser levado em conta. É um problema de essência posto apenas em função da complexidade da questão a ser decidida. Se a questão é complexa, exige motivação aprofundada; se a questão é simples, não há necessidade de fundamentação profunda.

Destarte, não importa se a decisão é final ou interlocutória, se processual ou de mérito.³³⁵ Nesse sentido, apesar de determinada questão ter natureza processual, é possível que seja de alta complexidade, o que vai exigir decisão (interlocutória ou final) com motivação aprofundada; outras vezes, a questão tem natureza substancial, mas é simples, o que permite decisão (interlocutória ou final) com motivação sucinta.³³⁶

O que não se pode tolerar é a falta aberta de motivação (decisão reconhecidamente arbitrária sem engodo ou sem tergiversações, onde o juiz passa do relatório diretamente ao dispositivo) ou a falsa motivação, que, na verdade, é também falta de motivação (decisão com apresentação de fórmulas gerais, que nada dizem em termos de verdadeira motivação), denominada por alguns autores de “fundamentação formal”, em contraposição à fundamentação substancial.³³⁷

Em verdade, não existe esta distinção entre fundamentação formal e fundamentação substancial. Ao que se chama de fundamentação formal, fundamentação não é. A motivação da sentença posta em termos concisos não pode, absolutamente, ser confundida com essa falsa fundamentação, equivocadamente qualificada como formal. Qualificar tal modo de proceder do juiz como fundamentação formal é oferecer algum merecimento ao que só merece crítica contundente e desqualificação, pelo desprezo que se dá às partes e ao público em geral e pelo arbítrio que revela. O que existe aí é verdadeira mistificação, jamais fundamentação. De certo modo, melhor seria nada dizer à guisa de fundamentação, porque quem nada diz, apesar de não ser menos arbitrário, ao menos não ilude os incautos ou não tenta enganar os mais capacitados.

legislador não significa ausência de fundamentação, mas brevidade. Justifica-se a providência, porque permite maior celeridade na elaboração de decisão que não define o direito material posto em litígio, e, portanto, não produzirá coisa julgada material. É uma forma de permitir que o tempo de trabalho do juiz se ocupe mais das questões que abrangem o mérito da lide, quando então esta será realmente resolvida”.

ZAVARIZE, Rogério Bellantini. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas – São Paulo: Millenium, 2004, p. 98.

335. Sabe-se que normalmente as decisões interlocutórias envolvem questões processuais, mas é possível falar-se em decisão interlocutória definitiva de mérito. De outro lado, a sentença normalmente envolve questões de mérito, mas evidentemente que pode também envolver questões processuais ou apenas processuais. No atual ordenamento brasileiro está clara a possibilidade de sentença de mérito final ou interlocutória, como também pode haver sentença terminativa, mas manteve-se a denominação de decisão interlocutória para aquelas de natureza processual ou antecipatórias da tutela proferidas no curso do processo (Código de Processo Civil, arts. 267 e 269, combinados com art. 162 e parágrafos 1º e 2º).

336. Como percebido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “como é óbvio, fundamentação concisa não significa fundamentação defeituosa. Com a alusão a ‘modo conciso de fundamentação’, deseja-se permitir que as decisões que podem ser facilmente explicadas possam ser objetiva e brevemente fundamentadas. Nesse sentido, nem toda decisão interlocutória será, somente pelo fato de não constituir sentença, uma ‘decisão’ que não precisa ser ‘longamente motivada’. Em alguns casos, como no da decisão que trata de parcela incontroversa do mérito (art. 273, § 6º, do CPC), a decisão interlocutória merece fundamentação que não pode assemelhar-se àquela que pode ser dispensada a algumas situações de extinção anômala do processo”. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 454-455.

337. Cf., por exemplo: Nelson Nery Júnior, in **Princípios...**, cit., 176; Rogério Bellantini Zavarize, in **A fundamentação...**, cit., pp. 87-89. De fato, em alguns processos judiciais é possível verificar decisões interlocutórias com fórmulas assim: “presentes os pressupostos legais autorizadores da tutela antecipatória, eis que a concedo”; “indefiro o pedido de liminar por falta de amparo legal”. O que é mais lamentável é que tal prática também existe até mesmo na redação de sentenças de mérito, de primeiro grau ou de instâncias superiores, com fórmulas assim: “tendo em vista que as provas produzidas nos autos são convincentes, acolho o pedido”; “tendo em vista que as provas produzidas pelo autor não são convincentes, rejeito o pedido”; “não havendo amparo legal nas alegações do autor, rejeito o pedido”; “tendo em vista os judiciosos fundamentos apresentados pelo autor, acolho o pedido”. João Monteiro revela que apesar da tradicional exigência brasileira, desde as Ordenações, no sentido de se exigir motivação da sentença, “em nossa prática, já tivemos um caso assim: Sentença da 1ª instância – ‘Vistos E Condemno o R. a pagar ao A. a somma pedida, juros e custas’ Sentença da 2ª instância: ‘Accordam em Relação E. Confirmam a sentença apellada por seus jurídicos fundamentos!’”. MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e commercial**. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, pp. 575-576. Não muito distante no tempo veja o acima mencionado acórdão da 13ª Câmara Civil de São Paulo, combatido por Miguel Reale, nesta mesma linha de suposta fundamentação.

13. Conteúdo da motivação e o problema da chamada motivação implícita

Motivação implícita, no rigor da expressão, não é juridicamente admissível num sistema jurídico tido como democrático de direito, que, por isso mesmo, exige dos juízes a fundamentação das decisões. Como nosso posicionamento é no sentido de que motivar é decidir, falar em motivação implícita, rigorosamente, é o mesmo que admitir decisão implícita.

Com efeito, o que se costuma denominar de motivação implícita na verdade significa envolvimento de situações de lógica jurídica ante a solução do caso dada pelo juiz, que cometeria erro técnico ou até poderia entrar em contradição se continuasse a examinar outras questões. É o que se verifica, por exemplo, quando a causa envolve questões prejudiciais ou objeções e exceções substanciais (preliminares de mérito). Assim, por exemplo, se em determinado processo o autor pede a condenação do réu a pagar determinada quantia em dinheiro, e este apresenta defesa alegando nulidade do contrato por ter sido celebrado mediante coação (questão prejudicial) e outras defesas de fundo, o juiz, que logicamente deve examinar em primeiro lugar a prejudicial de nulidade do contrato, se a rejeita (supondo

-se com os devidos motivos), terá que prosseguir no julgamento apresentando seus motivos e sua decisão a respeito das demais alegações do autor e demais defesas de fundo apresentadas pelo réu, seja para acolher seja para rejeitar o pedido do autor, sem qualquer vinculação com o que decidiu sobre a questão prejudicial; mas se o juiz acolhe a questão prejudicial terá que rejeitar o pedido do autor por tal fundamento, e incidiria em erro se examinasse as demais alegações do réu.

Se na mesma ação de cobrança o réu alega preliminar de prescrição e questões de fundo, e o acolhimento de tal preliminar, com os devidos fundamentos, conduz o juiz a dispor pela rejeição do pedido, sem qualquer exame sobre as demais questões.

Não fosse assim, tivesse o juiz que seguir no julgamento, como, em tese, as demais defesas do réu poderiam ser rejeitadas, o juiz estaria a perder tempo precioso ante a inadmissão de julgamento contraditório, ou então estaríamos a cometer a insensatez de tolerar julgamento contraditório. Isso revela que, na realidade, cada questão é uma decisão. Assim, como salientado acima, se fosse correto falar em motivação implícita estaríamos a tolerar decisão implícita.

A decisão (dispositivo + motivação) fora apresentada de maneira completa. Ante a solução dada e as imposições de lógica jurídica em função de tal solução é que o magistrado nada mais tem a decidir, o que significa dizer que nada mais tem a motivar.³³⁸

338. Como percebido por Alfredo Araújo Lopes da Costa, “a sentença deve ser completa, clara e concisa. Deve, pois, examinar tôdas as alegações que as partes hajam considerado essenciais, mesmo que essenciais ao juiz não pareçam. Um fato considerado não essencial em primeira instância pode ser considerado de importância pelo juiz do recurso. Isso não quer dizer que a decisão deva responder a um por um dos argumentos levantados pelos contendores. Também não significa o dever de resolver uma questão, prejudicada por solução já dada a outra. É o que se denomina ‘motivo implícito’. A admissão de um fato implica a rejeição do fato contrário. A improcedência do

14. Caracterização da decisão imotivada

A caracterização da sentença sem motivação exige o exame do problema à luz da teoria da inexistência e da invalidade dos atos processuais, valendo aduzir que é grande a divergência sobre o assunto tanto na doutrina como na jurisprudência, até porque quando o legislador resolve dispor expressamente sobre tal tema nem sempre o faz com a devida correção.³³⁹

De fato, a análise da existência jurídica de determinado ato é premissa fundamental para a análise de tudo quanto o mais se possa cogitar no plano do direito. Desse modo, se determinado ato existe no plano meramente fático, mas inexistente no plano jurídico, é despropositado perquirir se tal ato é válido ou inválido, eficaz ou ineficaz. Dessa maneira, o que existe materialmente, mas não existe juridicamente, funciona como algo que não ocorreu no tempo e no espaço.

Como visto, a existência jurídica de determinado ato exige a presença de elementos constitutivos, ou elementos indispensáveis para a sua configuração enquanto ato jurídico determinado, embora possa faltar requisitos relevantes para a sua validade. Faltando, assim, requisitos relevantes, por alguns denominados elementos complementares – que não se confundem com os elementos completantes do núcleo – o ato existe, podendo, no entanto, ser inválido.³⁴⁰

pedido principal importa a do acessório. Se o fato jurídico é complexo, a negação da existência de um de seus elementos dispensa o exame da existência dos outros. Em síntese: é implícita a motivação que é consequência necessária da motivação expressa”. COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. Vol IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 298.

339. No direito brasileiro, a Constituição é expressa no sentido de exigir a motivação das decisões judiciais “sob pena de nulidade”. Cf. art. 93, IX.

340. Tal terminologia é adotada por Marcos Bernardes de Mello, para sustentar que a falta de elementos complementares acarreta a invalidade do ato ou a sua ineficácia (*In Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48). O assunto será abordado adiante quando se analisar o problema da invalidade.

Assim, ato juridicamente inexistente não chega a ser uma categoria jurídica, vale dizer, não é propriamente um ato, mas sim mero fato, de maneira que, por isso mesmo, não se pode falar em desconstituição de ato juridicamente inexistente. Excepcionalmente, em situações duvidosas onde alguém

pretenda extrair efeitos de tais atos, pode
-se falar em medida judicial para se declarar a inexistência jurídica dos mesmos.

Como visto acima, admitindo-se a presença dos elementos nucleares necessários à configuração do ato (existência), passa-se ao exame dos elementos necessários à sua perfeição (validade). Vale dizer, mister se faz verificar se algum elemento nuclear, embora presente, encontra-se deficiente ou se falta algum elemento complementar do ato. Esses elementos também se referem ao sujeito, ao objeto e à forma.

No que se refere ao sujeito, é indispensável verificar a capacidade do agente e a liberdade no agir, ou seja, se o ato foi praticado por agente capaz segundo o disposto pelo ordenamento jurídico a respeito das condições de aquisição da capacidade, e se a manifestação de vontade não se encontra viciada (provida mediante erro, dolo, fraude ou coação).

O objeto deve ser lícito, ou seja, conforme o exigido ou permitido pelo ordenamento jurídico.

A ordem jurídica pode exigir em maior ou menor extensão determinada forma como elemento necessário à validade do ato. Visto ficou acima que, excepcionalmente, a forma pode ser elemento nuclear (elemento de existência) do ato jurídico, mas normalmente é elemento complementar (elemento de validade).³⁴¹

341. Como percebido por Marcos Bernardes de Mello, “a expressão da vontade impõe, necessariamente, uma forma, que tanto pode ser escrita, como oral ou gestual, por meio de sinais ou de atitudes. Quando, no entanto, se fala de forma em relação aos atos jurídicos, faz-se referência à instrumentalização e a solenidades mais complexas que devem ser atendidas, segundo exigência legal ou mesmo negocial, para que se formalizem e entrem no mundo jurídico ou nele tenham validade”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 35-36.

Impõe-se advertir que o regime jurídico da invalidade que se aplica ao direito material, particularmente ao direito privado, não pode ser transposta integralmente para o campo do direito processual.

O processo em si é uma relação jurídica complexa da qual participam o juiz (agente estatal encarregado de prestar a função jurisdicional com autoridade e com definitividade), e as partes (sujeitos parciais credores da atividade jurisdicional do Estado, mas submissos à autoridade estatal).

Apesar de ser uma relação jurídica, o processo também envolve, necessariamente, uma série de atos praticados pelas partes e pelo juiz de maneira dinâmica, progressiva, ordenada, em tudo visando a um ato decisório final (sentença) pelo qual se dá por prestada a função jurisdicional. Daí dizer-se que o processo e todos os atos nele praticados têm um único objetivo: a sentença, como ato decisório final certificador do direito controvertido entre as partes, por meio do qual o Estado encerra a função jurisdicional.

De outro lado, o processo encontra limitação temporal, vale dizer, a decisão judicial final deve ser prestada num tempo mínimo razoável, e tal decisão torna-se definitiva e imutável por meio do instituto da coisa julgada.

São essas as circunstâncias pelas quais o problema da validade ou invalidade no campo do direito processual não pode ter as mesmas soluções propostas para o direito material, sobretudo o direito privado, e não pela simplista afirmativa de que o direito processual é formal. O direito processual, como todo e qualquer ramo do direito, é regulamentador de condutas humanas, de maneira que todo ato jurídico processual tem aspectos substanciais (estruturais, de conteúdo) e aspectos formais, do mesmo modo que os atos de direito material também têm uma forma a seguir, apesar de que naqueles os aspectos formais tem maior amplitude.³⁴²

342. Como advertido por Marcos Bernardes de Mello, “o ato processual não pode ser considerado apenas pelo seu aspecto formal. Há nele, Com efeito, um dado importante indicativo de que a teoria das nulidades que se aplica ao direito material, especialmente ao direito privado, não se aplica ao direito processual, é o de que os atos inválidos praticados no processo produzem efeitos jurídicos, são considerados inválidos apenas abstratamente, funcionam como se não padecessem de qualquer vício. Deve ficar ressaltado, no entanto,

que só há que falar, efetivamente, em ato inválido no processo quando invalidados pelo juiz – único sujeito do processo com poder e competência para tanto – *ex officio* ou a requerimento das partes ou interessados, inclusive por simples petição ou apreciando recursos. Por outras palavras, ato processual inválido sem pronunciamento judicial de tal invalidade só o é teoricamente.³⁴³

Entendemos como descabida a transposição de categorias aplicáveis ao direito privado para o direito processual, de modo que no processo não há lugar para se falar em anulabilidade; ou então o que se costuma denominar de nulidade relativa – rara no processo – se identifica com o que se costuma chamar de anulabilidade. Aliás, mais do que isso, como todo ato processual juridicamente existente, por mais grave que seja o vício, só pode ser acoimado de nulo quando a nulidade for proclamada pelo juiz, todo ato processual defeituoso, mesmo envolvendo situação que se qualificaria como de nulidade absoluta, nulo não seria, mas apenas anulável.³⁴⁴

essencialmente, um conteúdo, que lhe dá substância. Sob o aspecto da validade do ato processual, tanto a sua forma propriamente dita, a sua exteriorização, como o seu conteúdo têm de ser levados em conta, porque constituem um conjunto inseparável. Há inseparabilidade da forma e do conteúdo que a enche”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da validade.** Cit., p. 40. Em idêntico sentido, pondera Lino Enrique Palacio que “*si bien en virtud de la transcendencia que revisten las formas dentro del proceso, es usual que las leyes vinculen el concepto de nulidad a la idea de quebrantamiento o violación de algún requisito formal, no existen razones válidas que autoricen a excluir, del concepto enunciado, aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (falta de competencia del órgano o de capacidad de las partes, vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables; ilicitud del acto)*”. PALACIO, Enrique Lino. **Manual de derecho procesal civil**, 13ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 327).

343. Como percebido por Calmon de Passos, “a atipicidade do ato, como visto, gera a sua imperfeição, do que decorre, num primeiro momento, apenas a sua irregularidade, não ainda sua invalidade. O ato imperfeito é ato válido e produtor de efeitos até que sobrevenha o pronunciamento judicial que lhe corte tal validade, decretando -o nulo, com o que cessa também sua eficácia. Não há, portanto, correspondência necessária entre imperfeição e nulidade, porque a nulidade é uma imperfeição qualificada. PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 129.

Com efeito, no que diz respeito à sentença, o posicionamento mais tradicional e predominante é no sentido de que se a mesma não contém motivação tal ato é nulo, e se não contém dispositivo é juridicamente inexistente.³⁴⁵ Outra parte da doutrina sustenta que a falta de motivação da sentença torna esta um ato anulável.³⁴⁶ Pensamos, de acordo com terceira corrente doutrinária, que sentença sem motivação é ato juridicamente inexistente.

344. Como salientado por Cândido Rangel Dinamarco, “na linguagem de direito privado é próprio falar em anulação do meramente anulável, i. é., do ato suscetível de ser anulado; e declaração de nulidade do ato que seja desprovido de efeitos desde o nascedouro (nulo). Em direito processual, onde os defeitos do ato não o impedem de produzir efeitos e é necessário que uma decisão judiciária os neutralize, é adequado falar em anulação do ato viciado. O nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa. Quem quisesse transpor a linguagem do direito privado à técnica das invalidades e da nulificação do ato processual chegaria a concluir que todo ato processual viciado é anulável; não existiriam atos nulos em direito processual, porque sempre a subtração da eficácia do ato viciado só pode vir pela via judiciária. Mas isso seria uma indevida adoção de conceitos e métodos privatísticos, no campo de um ramo jurídico que é eminentemente público”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, cit., vol. II, pp. 588-589.

345. Afirma, por exemplo, Moacyr Amaral Santos, com clareza e objetividade, que “sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 3º, p. 22. José Frederico Marques sustenta que “a parte dispositiva, por outro lado, é tão essencial à sentença que, à sua falta, inexistente ela o será. Mesmo que da fundamentação possa concluir-se de que forma seria a decisão, impossível existir sentença sem que o juiz declare, explicitamente, qual o seu julgamento sobre a lide”. MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 32). Humberto Theodoro Júnior segue a tese de Moacyr Amaral Santos, salientando que a falta de dispositivo “acarreta mais do que a nulidade da decisão”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. I, p. 509. No entanto, diz este mesmo autor em outro lugar que “sem fundamentação é, no sentido do texto, a decisão que o juiz tomasse, para encerrar a lide, sem qualquer justificativa de fato e de direito: ‘mando que se faça assim simplesmente por que quero ou entendo que deva ser assim’. Tal arbítrio a lei não dá nem jamais poderia dar ao magistrado, na sistemática do direito moderno. Razão por que entendo que não seria sentença o decisório que assim se proferisse para pôr fim a um litígio regularmente deduzido em juízo”. THEODORO JÚNIOR. **Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença**. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, julho-setembro, 1980, p. 36. Arruda Alvim se posiciona no mesmo sentido ao declarar que “a falta absoluta de ‘decisório’ faz que a sentença seja juridicamente inexistente, e não nula, o que implica não estar sujeita a possibilidade de sua vulneração ao prazo decadencial de dois anos da ação rescisória”. ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 655. Tereza Arruda Alvim Wambier não discrepa de tal corrente doutrinária ao escrever que “a sentença sem decisum é inexistente, como se

verá abaixo, porque se descaracteriza enquanto sentença”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 350. Alexandre Freitas Câmara disserta que “a falta de dispositivo implica inexistência jurídica da sentença. Isto porque a ausência de dispositivo torna o ato irreconhecível como sentença, visto que o mesmo não contém decisão (o que, como parece óbvio, é elemento constitutivo mínimo da sentença)”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 434.

346. É o caso de Sérgio Nojiri que assim fundamenta seu ponto de vista: “Entendemos, assim, que a decisão judicial proferida, mesmo contendo vícios de fundamentação, não pode ser considerada nula ou inexistente. Ao entrar no sistema jurídico, ela adquire status de validade, até e enquanto não surgir um determinado ato jurídico ou norma jurídica para expulsá-la. Considerá-la nula ou inexistente representaria, no dizer de Kelsen, uma contradição em termos”. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 107. Peculiar a posição defendida por J. J. Calmon de Passos no sentido de que a sentença sem fundamentação é nula, aduzindo, mais, que, se a conclusão foi correta ao tribunal cabe confirmá-la juntando os necessários fundamentos, pressupondo-se, evidentemente, a interposição de recurso. Diz ainda o mencionado autor que a falta de motivação só configura nulidade se houver prejuízo, o que só ocorre se a conclusão for inaceitável. PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Cit pp. 149-151.

Com efeito, sustentamos que a motivação, tanto quanto o dispositivo, é elemento nuclear da sentença. Assim, como não poderia deixar de ser, o ato jurídico ao qual falta algum elemento nuclear não passa de mero ato material, ou seja, não tem existência jurídica. Por isso sentença sem motivação se caracteriza como ato juridicamente inexistente.³⁴⁷

Não é obstáculo a tal entendimento o fato de o legislador empregar a palavra **nulidade** ou **anulabilidade** em lugar do vocábulo **inexistência**. Volta-se, mais uma vez, à questão hermenêutica. Toda norma é posta para ser interpretada. Analisando e interpretando o texto corretamente ou ao menos buscando uma coerência com fundamentos anteriores, a questão está em saber se a motivação é ou não elemento nuclear da sentença. Quem responde a tal questão positivamente não tem dúvidas em qualificar a sentença sem motivação como ato juridicamente inexistente.

Nossa posição é discordante pelos motivos já expostos e a expor no sentido de que na verdade não há julgamento sem motivação, não havendo como perquirir de quem é a razão, a não ser que se quebre o princípio do duplo grau de jurisdição. Para se concluir que o juiz teria errado no dispositivo da sentença, estar a examinar a causa em toda sua dimensão. Sendo possível eliminar uma instância para que se permita ao órgão de 2º grau apresentar os motivos não expostos pelo órgão de 1º grau, também se deveria dar a mesma solução para que o tribunal ao reformar o dispositivo aduzisse os motivos. Impossível apontar o erro da conclusão se o juiz nada justificou a permitir que a parte explique onde está o erro. No fundo, o julgamento ocorreria todo na 2ª instância, inexistindo, assim, qualquer atuação da instância inferior. Tudo isso só é possível caso se ignore o princípio do duplo grau de jurisdição. Reconhecemos, no entanto, que essa é a tendência no direito brasileiro, considerando a quebra do princípio do duplo grau de jurisdição quando o juiz profere sentença terminativa e o órgão de 2º grau a reforma e passa ao julgamento do mérito estando a causa em condições de julgamento (Código de Processo Civil, parágrafo 3º do art. 515, incluído pela Lei n. 10.352, de dezembro de 2001).

347. Como esclarece Michele Taruffo, em posicionamento muito próximo do nosso, a falta de motivação implica a inexistência da sentença, tendo em vista que o dever constitucional de motivar as decisões judiciais faz com que a motivação se constitua um elemento “estrutural necessário dos provimentos em que se exercita a jurisdição, impondo que a sentença sem motivação não integre ‘o conteúdo mínimo’ indispensável para que se reconheça nesta o exercício legítimo do poder jurisdicional”. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Cit. pp. 463-464.

E assim deve ser principalmente num Estado Democrático de Direito. É que considerar sentença imotivada como ato anulável, sem embargo da falta de conteúdo do ato, é conferir muito prestígio à violência estatal fundada no arbítrio, porque ato anulável é válido enquanto não for invalidado pela autoridade judicial competente a requerimento do interessado. E tudo isso é incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Considerar sentença imotivada como nula ainda é muito pouco, porque como o ato nulo é apto a produzir efeitos enquanto não anulado, podendo adquirir a qualidade de coisa julgada, continua-se a conferir prestígio à violência estatal fundada no arbítrio.

Nosso posicionamento no sentido de considerar a “sentença” imotivada um não-ato reforça o entendimento de que a conduta do juiz desrespeitadora desse direito fundamental, por consciente atitude arbitrária ou por despreparo intelectual, deve merecer desqualificação e desprestígio.

Tão gritante violência não pode merecer qualquer consequência jurídica. Com isso estaremos contribuindo, de alguma maneira, para o exercício da democracia real e, em consequência, rejeitando a

ideia de cidadania de papel.

A falta de motivação da decisão é em si mesma violação de norma jurídica, que em alguns Estados tem estatuto de norma constitucional expressa.³⁴⁸ De outro lado, independente de texto expresso de qualquer tipo de norma legal que prescreva a exigência da motivação nas decisões judiciais, a verdade é que sem tal motivação não há como falar em julgamento, muito menos em julgamento justo,

348. É, como visto acima, o caso do Brasil.

mas sim em puro e aberto arbítrio, em pura e escancarada violência estatal.

Há quem afirme que considerar a sentença imotivada como juridicamente inexistente atinge ao princípio da segurança jurídica.³⁴⁹

Não concordamos com tal argumento. É certo que havendo colisão entre princípios faz-se necessário ponderar valores para se saber no caso concreto qual o princípio que deve prevalecer, vez que não há prevalência, *a priori*, de um princípio sobre outro. Também é correto dizer que, sem olvidar de que solução diferente pode ser encontrada em face das peculiaridades do caso concreto, o valor segurança deve prevalecer frente ao valor justiça. É exatamente isso que explica, por exemplo, o instituto da coisa julgada, ainda que a solução dada pelo juiz não seja a mais justa. No entanto, na “sentença” sem fundamentação não há como saber se a mesma é justa ou injusta, na medida em que nela só há arbitrariedade, só há violência, além do que do ponto de vista técnico não há decisão. Juiz que entende que pode impor o dispositivo sem fundamentação num processo sob sua responsabilidade não deu solução alguma ao conflito, não decidiu, impôs violenta e abusivamente uma suposta solução.³⁵⁰

349. Diz, por exemplo, Sérgio Nojiri que “mesmo cientes da importância do dever de fundamentar as decisões judiciais, como consectário do Estado Democrático de Direito, entendemos que o mesmo, quando em confronto, deve ceder perante o princípio da segurança jurídica. As decisões judiciais, mesmo que ausentes de fundamentação, devem, consoante pensamos, pôr fim ao litígio que visam solucionar. A necessidade de se estabelecerem parâmetros de estabilidade das relações interpessoais requer limites temporais para que as demandas postas à apreciação do Poder Judiciário encontrem um fim, mesmo que o resultado final possa, eventualmente, não ser o mais justo. Neste sentido, o princípio da segurança impede que certas situações fiquem indeterminadamente sem solução, ao sabor do tempo”. NOJIRI, Sérgio. **O dever...**, cit., p. 109.

350. Como diz José Joaquim Calmon de Passos, “prossequindo na busca de respostas simples, concluímos ser indispensável essa bilateralidade tanto na postulação quanto na instrução. Sem isso o terceiro, julgador, fica impossibilitado de decidir imparcialmente, salvo se lhe couber não decidir, mas homologar simplesmente o que disser

Assim, vê-se que a falta de motivação da sentença é afronta à cidadania e fator de insegurança jurídica, não podendo ser tolerado tal tipo de comportamento do juiz num Estado Democrático de Direito.³⁵¹

Se assim é, pode-se afirmar que num processo em que o juiz não motiva a decisão há violação aos princípios do processo devido em direito e do acesso à justiça.³⁵²

Deste modo, sendo a sentença imotivada ato juridicamente inexistente, forçoso é convir que no processo em que ocorrer tal circunstância não houve efetivo acesso à justiça.³⁵³

Capítulo X

aquele cuja versão seja de sua preferência. Isso é tão aberrante que se mostra impensável. Por fim, a decisão. Essencial que ela seja motivada. Decidir um conflito sem dizer por que razão um dos interesses foi privilegiado não é decidir, é impor. Pura dominação e arbítrio, coisas horríveis que o esforço civilizatório do homem luta por minimizar, enquanto não for possível eliminá-las”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. In *Procedimentos especiais: legislação extravagante* (Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

351. Como anotado por Cesáreo Rodríguez-Aguilera, “*la consideración debida a la persona litigante, su derecho a la seguridad jurídica, exige las explicaciones y razonamientos de la motivación jurídica. La motivación tiene algo (o mucho) de concesión democrática ‘avant la letra’. La soberanía del poder judicial impone un orden determinado y obligado para resolver una situación conflictiva. Mas para que tal orden no se parezca en nada con a la violencia, lo razona y justifica. Es un acto que ennoblece y dignifica la función judicial, al mismo tiempo que revela su valor intelectual y moral*”. RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **La sentencia**. Barcelona: Bosch, 1974, pp. 47-48.

352. Como adverte Rosemiro Pereira Leal, “uma interpretação constituinte só se legitima pela teorização do devido processo que é o lugar de asseguramento argumentativo pelo medium lingüístico-processual do direito, que, ao erradicar a imediatidade do decidir instrumental da racionalidade conforme fins, conduz os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade processualmente institucionalizados”.

Acesso à justiça e o princípio da recorribilidade com duplo grau de jurisdição

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Recorribilidade com duplo grau de jurisdição como princípio processual constitucional. 3. Ponderação entre os valores segurança e celeridade; limitação da recorribilidade com duplo grau de jurisdição aos casos de gravame objetivo como regra.

1. Introdução

Em tese, os ordenamentos jurídicos podem não admitir recursos contra decisões judiciais, como podem disciplinar o problema da possibilidade ou não de impugnação da decisão judicial final mediante recurso de maneira muito diferenciada.

Os ordenamentos podem prescrever possibilidade de recurso para o mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão (recorribilidade sem duplo grau de jurisdição).

É mais comum que os ordenamentos garantam de pelo menos um recurso para outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior (princípio da recorribilidade com duplo grau de jurisdição, denominado mais frequentemente de princípio do duplo grau de jurisdição).

É possível, ainda, que em determinado ordenamento haja mistura dessas duas situações em face de determinadas circunstâncias, normalmente relacionadas com o valor econômico da causa.

Os sistemas jurídicos que não admitem recurso algum ou que admitem recurso apenas para o mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada não estão muito distantes. O problema está em se saber se tais sistemas estão em consonância com o princípio do processo devido em direito e com o princípio do acesso à justiça.

O princípio da recorribilidade com duplo grau de jurisdição é um dos mais discutidos na doutrina, tendo em vista que na base de tal discussão está o confronto entre os valores **segurança** e **celeridade**.

Em verdade, o princípio da recorribilidade com duplo grau de jurisdição tem pontos positivos e pontos negativos. Pensamos que prevalecem os pontos positivos, sendo tal princípio, dentro de determinados limites, essencial para que haja verdadeiro acesso à justiça.

2. Recorribilidade com duplo grau de jurisdição como princípio processual constitucional

É possível que determinado ordenamento consagre o princípio da recorribilidade com duplo grau de jurisdição expressamente na própria constituição, de maneira que com relação a tais sistemas as dúvidas ficam afastadas.

Os sistemas jurídicos que não consagram tal princípio expressamente na constituição, mas o expressam na legislação ordinária, deixam a solução do problema aos intérpretes quando o legislador ordinário veda recurso para instância superior em face de determinadas circunstâncias normalmente associadas ao valor econômico da causa.

Sabe-se que existe forte debate ideológico entre os que defendem o duplo grau de jurisdição e os que se opõem a tal garantia. Não cabe aqui discutir a correção desses argumentos, porque ambos têm pontos positivos e pontos negativos, porquanto essa discussão envolve os valores **celeridade** e **segurança**. Assim, não se pode negar que há maior tendência em se obter decisão mais justa se houver maior debate em torno dela com a possibilidade de interposição de recurso para instância superior, o que significa dizer que, nesse ponto, o duplo grau de jurisdição é uma vantagem.

De outro lado, também não se pode esconder que garantia de recurso com duplo grau de jurisdição, se exercitada, retarda a prestação jurisdicional, o que significa dizer que, no particular, o duplo grau de

jurisdição é, ao mesmo tempo, uma desvantagem.

Deste modo, a garantia de recurso com duplo grau de jurisdição ante o simples fato da sucumbência fica a depender da opção política de cada ordenamento jurídico, inclusive a nível do legislador ordinário se o legislador constituinte se omitiu em torno do assunto. Assim, por exemplo, entendemos que nada tem de inconstitucional a norma ordinária que garante recurso contra sentença para outro órgão hierarquicamente superior (recorribilidade com duplo grau de jurisdição), ainda que não haja previsão expressa de tal garantia na constituição.³⁵⁴ O problema começa quando nos ordenamentos que não expressam na constituição a garantia do duplo grau de jurisdição surgem as normas eliminando expressamente em algumas situações recurso para instância superior, admitindo apenas recurso para o mesmo órgão que proferiu a decisão, ou simplesmente não prevendo recurso algum, geralmente em função de valores econômicos.³⁵⁵

Em determinados ordenamentos o princípio do duplo grau de jurisdição não tem previsão expressa³⁵⁶, o que enseja discussão no sentido de se saber se tal princípio deve ser considerado como implícito.

354. No direito brasileiro, dispõe o art. 513 do Código de Processo Civil que “da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”.

355. No direito brasileiro, por exemplo, o art. 34 da Lei nº 6830/1980 dispõe o seguinte: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração”. Conforme o parágrafo 3º de tal artigo ao próprio juiz que proferiu a sentença compete julgar o recurso de embargos infringentes.

356. A atual Constituição brasileira não contém norma expressa sobre o princípio do duplo grau de jurisdição. No entanto, além de consagrar de maneira expressa a existência de tribunais de segundo grau no âmbito da justiça federal, da justiça do trabalho, da justiça eleitoral e da justiça dos Estados, deixa claro que dentre as competências dos tribunais regionais federais (órgão de segundo grau da justiça federal) está a de julgar recursos (arts. 106, 111, 118, 125 e parágrafo único e 108, II). De outro lado, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa em qualquer processo inclui os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

Na doutrina brasileira, o tema é discutido de maneira bastante acirrada.³⁵⁷

O princípio do duplo grau de jurisdição se relaciona com os princípios do processo devido em direito e do acesso à justiça.

A eliminação do duplo grau de jurisdição em caráter geral ou com base em critérios procedimentais e de valor econômico da causa, normalmente invocando aplicação ao princípio do acesso à justiça por propiciar prestação jurisdicional em tempo razoável, poderá ser fator de negação de acesso à justiça por não permitir o controle de decisões judiciais abusivas, ilegais ou manifestamente injustas. E se assim é, são inconstitucionais as normas que inadmitem pelo menos um recurso para instância superior, simplesmente com base em critérios de procedimento ou de valor econômico da causa.

357. Já ao tempo da Constituição de 1946 afirmava José Frederico Marques que “o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra expresso, como regra geral, nas normas e preceitos de nosso Estatuto Fundamental. Ao revés, há nele a previsão da existência de uma ‘única instância’, consoante se vê do art. 101, nº III”... MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, vol. 4º, p. 25. Ao tempo da Constituição de 1967, em linha oposta, Ada Pellegrini Grinover sustenta que o princípio do duplo grau de jurisdição integra o princípio do devido processo legal, acrescentando que “se tal possibilidade for reservada apenas a alguns, como privilégio, enquanto a outros estará vedado esse direito, não podendo recorrer ou recorrendo apenas ao próprio órgão de que emanou a sentença, estará desrespeitado o princípio constitucional da isonomia”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios...**, cit., pp.143-144. Em face da atual Constituição, diz Nelson Nery Júnior que a previsão no texto constitucional da existência de tribunais com competência recursal significa que há implicitamente previsão para a existência de recurso, mas não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., p. 149. Ainda em face da atual Constituição, afirma Luiz Guilherme Marinoni que o duplo grau não é garantia constitucional ou princípio fundamental de justiça, só devendo prevalecer em matéria de direito, porque fundamental para a uniformização das decisões, e propõe sua eliminação no direito brasileiro no Juizado Especial Cível e no procedimento sumário quando destinado a impugnar matéria de fato. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 216-222.

3. Ponderação entre os valores segurança e celeridade; limitação da recorribilidade com duplo grau de jurisdição aos casos de gravame objetivo como regra

Com efeito, a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição envolve necessariamente a conciliação entre o princípio do processo em tempo mínimo razoável e o princípio do processo equitativo, isto é, devem ser ponderados os interesses segurança e celeridade.

É correto afirmar que não haverá processo equitativo nem verdadeiro acesso à justiça sabendo-se que esse processo gerou decisão final profundamente injusta, sem se admitir um recurso em nome da celeridade processual.

Deste modo, são inaceitáveis as propostas de eliminação do duplo grau de jurisdição tendo como parâmetro para tal fim o valor econômico da causa ou determinados tipos de procedimento que adotam este mesmo critério.³⁵⁸

O argumento de que o recurso para uma instância superior não se coaduna com o princípio da oralidade para eliminar a possibilidade de recurso em matéria de fato também não pode ser aceito. O que importa é o fundamento do recurso. A oralidade não é garantia de que o juiz que instruiu a causa está imune a erros graves na apreciação da prova.³⁵⁹

358. É o caso do rito sumário (Código de Processo Civil, art. 275) e das causas de competência dos juizados especiais cíveis (Leis ns. 9099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001) no ordenamento jurídico brasileiro.

359. No direito brasileiro, o princípio da oralidade é inerente, como regra, também ao procedimento ordinário, porque em tal procedimento a audiência é de renovação de tentativa de conciliação, instrução e julgamento. Cf. Código de Processo Civil, arts. 448, 450, 451, 454 e 456.

Aplicado ou não na prática, o fato é que o juiz que instrui e julga a causa pode errar gravemente na apreciação da prova reputando existentes fatos que na verdade não ocorreram ou tendo como inexistentes fatos que efetivamente aconteceram. Ora, se normalmente a inversão quanto à verdade dos fatos conduz a variação das consequências jurídicas, negar o direito a pelo menos um recurso para instância superior em casos assim é o mesmo que negar o direito à decisão justa, o que significa dizer que é o mesmo que negar acesso à justiça. É uma ilusão achar que estamos fazendo justiça num sistema de decisão de instância única, em nome do processo em tempo razoável, quando se sabe que ante tal sistema podem surgir, não muito raro, decisões manifestamente injustas.

Se no plano do direito a decisão do juiz mostra-se abusiva ou ilegal, não se pode, do mesmo modo, afastar o direito a pelo menos um recurso para instância superior pelas mesmas razões expostas no item anterior.

Se a decisão está correta quanto aos fatos e quanto ao direito não há porque, de regra, garantir a admissão de recurso. Portanto, o que vai importar para admissão ou não de recurso é o conteúdo da decisão e o conteúdo do recurso, não o fato de o mesmo juiz ter instruído e julgado a causa, muito menos o procedimento ou o valor econômico desta.

Dito de outro modo, não basta o gravame subjetivo (a possibilidade de recurso apenas pelo fato de a parte perder a causa e entender que foi injustiçada), mas sim é essencial o gravame objetivo (decisão claramente desconforme os fatos e o direito).³⁶⁰

O problema está em saber, na prática, quando a decisão importa em desconformidade clara em relação aos fatos e ao direito no caso concreto (gravame objetivo). Certamente que existem casos em que a decisão do juiz é abertamente antijurídica. Estaríamos aí diante daqueles casos evidentes em que o magistrado violou abertamente a ordem jurídica, e nesse passo é de ficar patente que essa violência se põe também no plano dos fatos (ter-se como inexistente fato efetivamente ocorrido ou como existente fato que não ocorreu). O problema está em que podem existir decisões injustas que, na prática, pelo menos, no plano do direito, não ficam assim tão abertamente caracterizadas como situações de abuso de poder ou de ilegalidade. Em resumo, o recurso, em princípio, não deve ser autorizado simplesmente pelo fato da sucumbência, mas também não pode ficar limitado ao rigor das ações autônomas de impugnação.³⁶¹

360. Como percebido por J. J. Calmon de Passos, é preciso distinguir “gravame subjetivo (desvantagem ou prejuízo jurídico para um dos contendores) de gravame objetivo (inexata aplicação do direito ao caso concreto), disso também decorrendo (porque toda decisão determina esta consequência) um gravame subjetivo”. Estabelecida esta distinção, acrescenta o referido autor que oferecer o duplo grau de jurisdição nos casos de gravame subjetivo é um problema de política legislativa, mas no caso de gravame objetivo, “eliminar qualquer tipo de controle da decisão é, inquestionavelmente, violar a garan

De todo modo, a ser assim, não haveria como obstar o direito de recorrer, de modo que só se poderia saber se a parte interpôs recurso com o objetivo de procrastinar o processo após o exame do mesmo. Nesse caso, os ordenamentos jurídicos devem prever mecanismos que visem coibir tal tipo de conduta.³⁶²

No entanto, é correto garantir o duplo grau de jurisdição também no processo civil pelo simples gravame subjetivo em situações excepcionais nas quais estão em jogo valores superiores para o indivíduo ou para a sociedade, à semelhança do que ocorre no processo penal. Para o indivíduo, por exemplo, nos casos de sanções graves, como demissão de funcionário público ou sanção outra de grave conotação moral. Veja-se que em determinados casos de natureza civil o bem da vida objeto do processo pode ter relevância superior a determinados casos de natureza penal. Assim, determinados processos de natureza civil em que se discute, por exemplo, interdição de pessoas, anulação de casamento, paternidade, dentre outros, envolvem valores mais superiores que em determinados processos de natureza penal que têm como objeto crimes de pequeno potencial ofensivo ou meras contravenções penais em que a pena máxima não passa de uma pequena multa ou de um pequeno serviço à comunidade.

Capítulo XI

tia do devido processo legal e, mais do que isso, atribuir ao juiz um papel que lhe foi negado, institucionalmente pela Constituição, sem esquecer a particular circunstância de que a decisão proferida com violência ao direito objetivo é decisão da qual nasce uma lesão nova, ao direito subjetivo de alguém, lesão que não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, nos precisos termos do mandamento constitucional”. PASSOS, J. J. Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. Cit., pp. 92-94.

361. No direito brasileiro, é o caso da ação rescisória (Código de Processo Civil, art. 485, incisos VI a IX, e parágrafos 1º e 2º).

362. No direito brasileiro, apesar da previsão do duplo grau de jurisdição ante o simples gravame subjetivo há dispositivo que qualifica como conduta de má-fé a interposição de recurso “com intuito manifestamente protelatório” (cf. art. 17, VII, do Código de Processo Civil).

Acesso à justiça e o princípio do processo em tempo razoável

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Conteúdo do princípio do processo em tempo razoável. 2.1.

Indeterminação do conceito. 2.2. Identificação da razoabilidade temporal do processo. 2.3. Titularidade do direito ao processo em tempo razoável, legitimação e interesse para agir em relação a esse direito. 2.4. Destinatários do dispositivo constitucional que consagra o princípio do processo em tempo razoável.

1. Introdução

Processo e tempo são dois conceitos irremediavelmente indissociáveis. Por mais que se queira um processo célere, existem garantias processuais, a exemplo da audiência do réu e do direito à prova lícita, as quais não permitem soluções instantâneas e imediatas como querem as pessoas menos informadas sobre a dinâmica do processo. Isso não significa dizer que devemos tolerar sistemas jurídicos que convivem com o retardamento exageradamente crônico e tormentoso da prestação jurisdicional. Deste modo, impõe

-se que o processo, sem prejuízo das garantias constitucionais, comece e termine em tempo razoável no objetivo de que o cidadão tenha confiança no funcionamento do sistema jurisdicional. Daí se percebe a nítida relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio do processo em tempo razoável.

De fato, processo excessivamente demorado significa profunda e grave injustiça pelos prejuízos que pode acarretar em muitas situações. Assim, por exemplo, a demora excessiva do processo pode determinar dificuldades probatórias, que podem resultar em julgamento desfavorável, quando poderia ser o contrário. De outro lado, tal excesso pode gerar problemas de saúde frente à tensão psicológica, aos sofrimentos e até mesmo aos traumas que a longa expectativa das incertezas do resultado do julgamento traz à vida das pessoas envolvidas no processo, a depender do direito que esteja em jogo.³⁶³

Desse modo, percebe-se que a parte prejudicada com a demora excessiva do processo não deixa de sofrer prejuízos, ainda que obtenha êxito na demanda e consiga o cumprimento da sentença. Se houve êxito na causa, mas em face da demora excessiva do julgamento não se obteve êxito no cumprimento da

sentença, os prejuízos são mais evidentes, podendo-se concluir que em casos assim não houve, na prática, acesso à justiça.³⁶⁴

Em síntese, essas são as razões pelas quais os ordenamentos jurídicos de muitos países consignam o princípio do processo em tempo razoável expressamente na constituição.³⁶⁵

363. O processo, como anotado por Samuel Miranda Arruda, “vai alterar o futuro, e sua pendência é, portanto, período de incerteza, ante o desconhecimento do teor da alteração. A incerteza com relação ao futuro gera medo”. ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental...**, cit., p. 99.

364. Como salientado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, invocando o artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Cit., pp. 20-21.

365. No Brasil, a doutrina firmou convicção de que o princípio em tela se encontrava implícito no ordenamento, mas a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, passou a existir menção expressa com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º, da Constituição, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

2. Conteúdo do princípio do processo em tempo razoável

2.1. Indeterminação do conceito

O conceito **razoável**, evidentemente, indeterminado, mas essa indeterminação não é obstáculo a que se verifique em cada caso concreto a violação ou não violação à norma constitucional em foco.

Os ordenamentos jurídicos estão impregnados de dispositivos legais com conceitos indeterminados, de maneira que fosse diferente tais normas nunca teriam consequência prática, o que, evidentemente, não é o caso. A indeterminação do conceito apenas conduz à circunstância de que a solução terá que ter em conta as peculiaridades de cada caso concreto, além do que o julgador terá maior carga de dificuldade e maior responsabilidade na solução do problema, particularmente no que se refere à fundamentação da decisão.

2.2. Identificação da razoabilidade temporal do processo

Como visto acima, o conceito **razoabilidade** tem um elevado grau de indeterminação, mas apesar disso é possível examinar, para depois concluir se determinado processo concretamente tramitou e se encerrou em tempo razoável. Claro que diante de conceito com esse nível de imprecisão, em determinados casos pode haver dúvida e, por isso mesmo, poderão ser apresentadas opiniões divergentes. Mas certamente que casos existirão em que qualquer pessoa de bom senso terá dúvida em concluir pela afirmativa de que o processo tramitou em tempo razoável, porque tudo correu conforme o previsto e dentro de total normalidade, ou tramitou em tempo fora do razoável dado o evidente excesso temporal em face, por exemplo, de procrastinações ou adiamentos desnecessários que poderiam ser evitados.

Com efeito, para que possamos afirmar se determinado processo tramitou em tempo razoável deveremos fazer investigações a respeito dos fatos nele ocorridos.

Tenha-se para análise, por exemplo, as seguintes situações: se os prazos concedidos aos sujeitos processuais foram ou não excessivos; se o juiz proferiu seus despachos e decisões nos prazos legais ou pelo menos com excesso justificado tolerável – isso ante o fato de os prazos a ele concedidos serem impróprios e pela razão de que tem volume de trabalho que não lhe permitia decidir dentro de tais prazos, o que também ocorre com os serventuários da justiça; se houve ou não repetições ou adiamentos de atos processuais desnecessariamente.

É possível que as circunstâncias negativas ocorram de maneira justificável, mas apesar disso poder-se afirmar que o processo não terminou em tempo razoável. Assim é que o juiz e os serventuários da justiça cumpriram suas atribuições fora do prazo, mas nos limites físicos das suas possibilidades; o processo pode ter ficado paralisado por longo tempo por imperiosa necessidade legal; atos processuais foram repetidos porque não havia possibilidade jurídica de aproveitamento; atos processuais foram adiados por

imperiosa necessidade, etc. Quando ocorre alguma dessas circunstâncias em determinado caso concreto e o observador conclui com acerto que o processo não tramitou em tempo razoável a razão mais provável de tal conclusão está na deficiência de pessoal e de estrutura do sistema judiciário ante a quantidade excessiva de processos.

A ideia de processo em tempo razoável tem muito que ver com a eficácia da decisão (cf. infra). Por isso mesmo o tempo de tramitação do processo pode variar muito em função da relação existente entre a situação do bem jurídico objeto do processo e o tempo. Nesse ponto, um processo pode terminar em tempo fora do razoável, mas pelo menos para o fim de responsabilidade do Estado, tal fato pode não ter consequência jurídica ante a ausência de prejuízo. Assim, por exemplo, venceu a causa a parte que se prejudicaria com o excesso de tempo da prestação jurisdicional, e a sentença fora cumprida integralmente. É claro que apesar disso pode ocorrer prejuízo, a exemplo de problemas de saúde decorrentes do estresse pela demora excessiva do julgamento, insuportável física e mentalmente pelo homem comum.

Para que um processo possa terminar em tempo razoável, é necessário que se imprima celeridade à sua marcha. No entanto, necessário se faz o cumprimento dos direitos e garantias processuais inerentes a um processo devido em direito.

Com efeito, celeridade exagerada de modo a que direitos e garantias processuais sejam atingidos, não significa, absolutamente, que houve aplicação do princípio do processo em tempo razoável. De nada adianta imaginar que se cumpriu a constituição por um lado se este mesmo estatuto, por outro lado, fora descumprido, quem sabe até de maneira bem mais grave.

Sendo assim, o cumprimento do princípio do processo em tempo razoável deve ser compatibilizado com o princípio do processo devido em direito. E se assim é, podemos afirmar que processo em tempo razoável é aquele que, em princípio, começa e termina com eficácia, sem prejuízo dos direitos e garantias processuais das partes, e que o juiz e os serventuários da justiça atendam aos prazos previstos em lei, ou se os ultrapassar em casos excepcionais por eventual excesso de trabalho ou pela complexidade do caso concreto, tudo isso se deu com parâmetros mínimos de tolerância aceitos pela própria sociedade.

2.3. Titularidade do direito ao processo em tempo razoável, legitimação e interesse para agir em relação a esse direito

Esse tema tem grande relevância tendo em vista a questão da legitimidade para a postulação das medidas cabíveis.

A inobservância da norma constitucional em análise permite que o legitimado tome as seguintes providências: **a)** requerimentos ao juiz no próprio processo, desde que as medidas necessárias estejam ao seu alcance; **b)** requerimentos administrativos, inclusive de ordem

disciplinar, contra o juiz aos seus superiores hierárquicos, o que também só é possível se a culpa do retardamento do processo for do próprio juiz;

c) demanda indenizatória contra o Estado que não cumprir o seu dever constitucional perante tribunais internos;

d) esgotada tal via, demanda indenizatória contra o Estado que não cumprir o seu dever constitucional perante tribunais internacionais em caso de aceitação do próprio Estado mediante convenção;

e) demanda indenizatória contra o juiz na mesma condição do item b, supra.

Para os fins acima propostos, pensamos que a legitimidade é da parte ou de qualquer interveniente no processo, seja qual seja a qualidade jurídica que ostente no plano material ou processual. Assim, por

exemplo, no plano material, a pessoa jurídica tem legitimidade para tais providências, inclusive o próprio Estado, ressaltando-se quanto a este que, evidentemente, falta interesse para agir, porque não tem qualquer sentido demanda contra si próprio, ressalvadas as hipóteses de ação proposta por entidades estatais com personalidade jurídica própria, que são obrigadas a se submeter ao serviço jurisdicional de outra entidade estatal no plano interno, e ação proposta pelo Estado contra o juiz. Do ponto de vista processual, o importante é que tenha ocorrido intervenção no processo, seja qual for o tipo de intervenção, ainda que seja como assistente simples.

Pensamos que quem poderia intervir, mas não interveio, não tem legitimidade para qualquer dessas medidas, porque tendo interesse jurídico abstratamente para agir no próprio processo, faltou o interesse em concreto, de maneira que, se prejuízo sofreu, perdeu eventuais direitos ante a conduta omissiva de não atuar no processo. No entanto, como a intervenção do assistente, em regra, é voluntária, para que tal exclusão de direito fique caracterizada é necessário que aquele que poderia ser assistente tenha sido formalmente cientificado do processo (assistência provocada).

Problema interessante é o de processo em que há legitimação extraordinária, ou seja, caso em que terceiro postula em nome próprio como parte direito alheio autorizado por lei. Pensamos que se a lei conferiu legitimidade a alguém para defender direito alheio em determinado processo, essa legitimidade se estende a todas as medidas necessárias para que esse direito possa ser atuado dentro do próprio processo, mas não para o fim de ajuizar as ações indenizatórias decorrentes da falta do serviço judiciário em tempo razoável, tendo em vista que situação excepcional não comporta interpretação extensiva, ressalvada a existência de lei que a tanto o autorize. Assim, à falta de lei autorizando legitimação extraordinária para a ação de indenização contra o Estado, tal legitimidade é apenas do titular do direito, que precisaria ser cientificado dos fatos para poder exercer seu direito.

2.4. Destinatários do dispositivo constitucional que consagra o princípio do processo em tempo razoável

O dispositivo constitucional que consagra o princípio do processo em tempo razoável exige seu efetivo cumprimento, não podendo ficar inserto na constituição como mais um componente de catálogo de boas intenções.

Com efeito, o processo, como qualquer relação jurídica, necessita de prévia regulamentação legal. Sendo assim, o primeiro agente estatal a fazer cumprir a norma constitucional em análise é o legislador ordinário. Um dado exemplificativo importante está na disciplina dos prazos. No particular, deve o legislador atender ao princípio da utilidade dos prazos, de maneira que, tendo em conta o tipo de ato processual a ser praticado, deve editar lei com prazo suficiente a tanto, vale dizer, nem fixar prazo excessivo, de modo a cumprir o princípio constitucional do processo em tempo razoável, nem fixar prazo insuficiente, de modo a atender a princípio do processo devido em direito.

Apesar de entendermos que o juiz não deve esperar que a lei resolva todos os problemas, não se pode negar, à evidência, a grande importância da lei, até porque não são poucos os juízes que insistem em aplicar método interpretativo literal, desprezando princípios constitucionais implícitos e até mesmo expressos. Sendo certo que a lei não resolve tudo, pelo menos ela é o ponto de partida na solução dos casos concretos, sobretudo nos países que seguem o sistema jurídico continental.

Deste modo, deve o legislador ficar atento para a existência de leis que contribuem para o retardamento dos processos e, com máxima urgência possível, efetivar reformas legislativas objetivando processos mais céleres, mas sem perder de vista que essas reformas não podem desprezar garantias processuais previstas na própria constituição, na medida em que não se justifica cumprir a carta política por um lado e desobedecê-la por outro. Quando estamos a falar em leis que visem reformar o sistema processual com máxima urgência possível, não significa dizer que se expeça leis de maneira atropelada e improvisada

sem discussão séria, inclusive com a sociedade, porque essa pressa desmedida pode muitas vezes gerar leis que não alcancem o objetivo pretendido (maior rapidez dos processos) ou resultem em objetivo contrário (maior retardamento dos processos), ou desconsiderem direitos e garantias processuais constitucionais.³⁶⁶ Sendo assim, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade de modo que a constituição seja plenamente cumprida.

366. Como diz Samuel Miranda Arruda, “o medo do novo não deve embaçar a necessidade de mudança. O que não pode ser feito é promover reformas atabalhoadas cuja função seja apenas reformar. Em nome de uma aparente promoção do direito fundamental, atua-se furiosamente com o desiderato único de mostrar ao jurisdicionado a boa intenção do legislador. As reformas devem sobretudo ter caráter evolutivo e não se limitarem a promover o retorno a um modelo de processo superado, com pesado enfraquecimento das garantias processuais fundamentais” (*In O direito fundamental...*, cit., p. 378). Se o legislador está expedindo lei que altera um código não pode perder de vista a ideia de sistematização que este tipo de estatuto exige. O Brasil, apesar do Projeto de Código de Processo Civil tramitando no Congresso Nacional, ainda está envolvido numa reforma processual em que o legislador preferiu seguir o método de expedição de leis em fatias, ou seja, expede-se uma lei hoje, outra amanhã e assim sucessivamente por achar, talvez pela recente história da excessiva demora em se aprovar o novo Código Civil, que fica mais fácil a aprovação de leis processuais isoladas em série do que um novo Código de Processo Civil, ou mesmo uma reforma definitiva deste Código, mas não atentando para o quanto se perde em sistematização, sem contar, repita-se, os dispositivos que têm efeito contrário ao pretendido. Tome-se o exemplo, no particular, do dispositivo do Código de Processo Civil que instituiu a audiência preliminar no procedimento ordinário apenas para o fim da tentativa de conciliação e, em caso de não conciliação, a fixação dos pontos controvertidos (art. 331 e parágrafos 1º e 2º), deixando os dispositivos antigos que disciplinavam e continuam disciplinando a audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento e, sendo o caso, fixação dos pontos controvertidos (arts. 447, 448 e 451). Ora, não se podendo ignorar que a conciliação nas causas cíveis na prática é caso raro, só quem não tem experiência de prática judicial no Brasil e ignora a realidade dos órgãos jurisdicionais (a grande maioria com pautas de audiências superlotadas, em que só se consegue marcar audiência, não raro, em tempo superior a um ano ou mais) institui audiência apenas para o fim de tentativa de conciliação, para depois, não sendo exitosa tal tentativa, que é o mais provável, marcar-se, sabe-se lá para quando, audiência de instrução e julgamento, na qual, como acima afirmado, será repetida a tentativa de conciliação. Inequivocamente o dispositivo anterior é muito mais racional do ponto de vista da celeridade processual, na medida em que num mesmo momento não se obtendo êxito na tentativa de conciliação, que é, repita-se, a hipótese mais provável, parte-se para o início imediato da instrução e subsequente julgamento. Como diz Calmon de Passos, “nossa audiência preliminar foi apenas mais um complicador, visto como ela somou “novidade” a um sistema que manteve todo o procedimento prévio anteriormente normatizado, formalista, rico de preclusões, ensejador de recursos e de complicações e idas e vindas” (**A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos**. In *Acesso à justiça* – Coordenador Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.175). De todo modo, não faltam dispositivos inconstitucionais nessas leis reformadoras de afogadilho, a exemplo do parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, com redação conforme a Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que se dá poder a relator, enquanto mero componente de órgão jurisdicional colegiado e em episódica substituição a este, para decidir pedido de liminar em recurso de agravo de instrumento, o que é razoável, mas se nega à parte prejudicada com tal decisão o direito de recurso ao próprio órgão colegiado, que, afinal de contas, é o verdadeiro órgão competente.

O segundo destinatário da norma em questão é o juiz. A atuação do juiz é relevante para o fim de que o processo se encerre em tempo razoável tanto quanto ou mais que a atuação do legislador.

Tomando mais uma vez a problemática dos prazos como exemplo, veja-se que o legislador é forçado a deixar uma margem de situações em que os prazos deverão ser fixados pelo juiz em cada caso concreto, de maneira que deve este fixar prazos suficientemente úteis para a prática do ato (aplicação do princípio da utilidade dos prazos), isto é, deve o juiz fazer ponderação em face das circunstâncias do caso concreto no objetivo de que o prazo que venha a fixar não seja excessivo, caso em que estaria atentando contra o princípio do processo em tempo razoável, nem seja insuficiente, caso em que estaria agredindo ao princípio do processo devido em direito.

De outro lado, o juiz pode e deve proferir atos e desenvolver técnicas processuais que contribuirão para que o processo tramite o mais rapidamente possível sem comprometer direitos e garantias processuais, ainda que não exista previsão legal expressa.

Com efeito, é recomendável que o juiz aproveite ao máximo os atos processuais, permitindo o direito de emenda das petições sempre que juridicamente possível, porque é grande a tendência de a demanda se repetir, de modo que, na prática, o processo que antes fora extinto sem resolução do mérito, praticamente é o mesmo processo que agora surge devidamente corrigido como fênix ressurgindo das cinzas, mas que terá resolução de mérito mais tardiamente.

Em matéria de nulidade, o juiz deve dar aos atos processuais o máximo de aproveitamento possível, não devendo deixar de aplicar a tradicional máxima de que não há nulidade sem prejuízo.

O princípio da fungibilidade não pode ser ignorado pelo juiz. O nome equivocadamente dado a determinado ato, o que é muito comum em matéria de recursos ante a grande variedade destes, não tem a menor relevância, o que significa dizer que esse tipo de erro não deve ter a mínima consequência jurídica. Se o recurso se encontra substancialmente correto não há razão para não ser admitido apenas pelo erro de denominação.

Quando afirmamos acima que o juiz não deve esperar por reformas legislativas para fazer com que o processo tramite mais rapidamente, isso significa dizer que pode e deve ele resolver os casos concretos extraindo do próprio ordenamento jurídico, a partir dos princípios constitucionais expressos ou implícitos, soluções no sentido de dar maior celeridade ao processo respeitando, ao mesmo tempo, as garantias processuais das partes. Isso não é possível, em muitos casos, com prática hermenêutica em que o juiz só tenha olhos para dispositivos legais infraconstitucionais. Exemplo disso é a possibilidade de mais de uma decisão de mérito no processo nos sistemas jurídicos em que tal possibilidade não esteja expressa, nos casos de cumulação simples de pedidos sem relação de prejudicialidade, de modo que com relação a um deles já poderia existir julgamento enquanto que com relação ao outro pedido há necessidade de colher provas. Como, apesar da cumulação, o processo é único, o julgamento da causa mediante decisão de mérito em relação a um dos pedidos, sem prejuízo do prosseguimento do processo com relação a outro pedido é medida que resolve, nesse ponto, o interesse das partes (aplicação do princípio do processo em tempo razoável) sem causar a elas qualquer prejuízo (aplicação do princípio do processo devido em direito).³⁶⁷

367. Essa solução parecia não se coadunar com a definição de sentença, exposta no parágrafo 1º do art. 162, do Código de Processo Civil brasileiro antes da reforma que alterou tal dispositivo legal, no qual constava que “sentença é o ato pelo qual o juiz extingue o processo com ou sem exame do mérito”. Sem embargo de que definir institutos jurídicos não é papel do legislador, a doutrina tradicionalista e a prática judicial formalista não atentaram para a possibilidade de superar essa mera definição com a observância estrita da Constituição, conforme defendido no texto principal. Apesar disso, parte da doutrina brasileira sustentava esse ponto de vista exposto no texto principal (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, in **Tutela antecipatória...**, cit., pp. 67-105; SOUZA, Wilson Alves de. **Tutela ante**

Outro aspecto importante para o alcance do objetivo de que um processo termine em tempo razoável é o de que não se pode permitir nem tolerar dilações indevidas, exigência que envolve a conduta de todos os sujeitos que atuam no processo, inclusive os auxiliares da justiça, ainda que externos, com destaque para a figura do juiz, porque é dele a maior responsabilidade, no particular, como sujeito que tem o encargo de dirigir o processo e decidir com autoridade.

O juiz deve ser o primeiro a zelar para que não ocorram dilações indevidas no processo, comportando-se, por exemplo, no sentido de proferir despachos e decisões nos prazos legais, salvo justificado excesso de processos; comparecer às audiências, salvo justo motivo; indeferir requerimentos ou produção de provas ilícitas, ilegais, inúteis ou com claro objetivo de procrastinação; reprimir conduta de litigância de má-fé ou conduta de quem quer que seja que objetive retardar o processo ou descumprir decisões judiciais, aplicando sanções previstas em lei.

Os agentes do Ministério Público, até pelo fato de terem a atribuição de zelar pela observância da ordem jurídica, devem ter conduta no processo de modo a que este se desenvolva de maneira mais célere possível.

cipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – breves comentários à proposta do poder executivo de alteração do § 1º do art. 273 do código de processo civil. In **A segunda etapa da reforma processual civil** (org. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr). São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 49-65; DORIA, Rogéria Dotti, in **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 65-104. A reforma implementada pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 seguiu essa doutrina alterando o dispositivo ora referido para definir sentença como “o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (ou seja, do Código de Processo Civil). Esses dois artigos também foram alterados para se ajustarem à nova definição de sentença. No que aqui mais interessa, o art. 269 descrevia uma série de situações de julgamento de mérito e dizia que em qualquer delas o juiz estaria a extinguir o processo com exame do mérito. Na redação atual, mantidas todas as mesmas situações, está dito em tal dispositivo que ante elas “haverá resolução de mérito”. Em resumo, hoje o legislador brasileiro define sentença de mérito como o ato do juiz que resolve o mérito, não necessariamente extinguindo o processo, o que significa dizer que no processo pode existir duas ou mais sentenças de mérito.

As partes e seus advogados também devem colaborar com a regular marcha do processo, não formulando requerimentos inúteis ou produzindo provas desnecessárias e ilícitas, nem apresentando requerimentos e provas com o mero objetivo de retardar o normal prosseguimento do processo.

Tudo quanto ora afirmado vale para os serventuários da justiça, internos e externos, como peritos, testemunhas, correios, depositários em geral, inclusive estabelecimentos bancários nessa qualidade, bem assim terceiros outros que se vejam na contingência de ter que colaborar com o Poder Judiciário, particular e principalmente no sentido de não dificultar nem resistir cumprimento a decisões judiciais.

Deve, assim, o juiz, nesse ponto, em última análise, evitar e impedir o adiamento de atos processuais, salvo caso de real necessidade, a procrastinação e o descumprimento de decisões judiciais.

Também os responsáveis pela administração da justiça são destinatários da norma constitucional em apreço. Em primeiro lugar, a depender de cada ordenamento jurídico, os problemas referentes à administração da justiça em sentido amplo normalmente envolvem os três Poderes.

Em princípio, a administração da justiça, ainda que em sentido amplo, cabe, em parte, ao próprio Poder Judiciário, até mesmo como mecanismo de preservar a independência deste, mas isso, em regra, não se dá plenamente, uma vez que, normalmente, a criação de cargos públicos depende de lei, as próprias verbas destinadas ao Poder Judiciário também dependem de lei orçamentária, o que significa dizer que nesses casos a responsabilidade é dos Poderes que estão envolvidos na edição das leis (Legislativo, principalmente, e Executivo), os quais devem, pois, estar atentos para que haja suficiência de pessoal e de estrutura para que o Judiciário possa bem cumprir sua função específica.

No que se refere à administração direta dos serviços da justiça, normalmente, como dito acima, a cargo do próprio Poder Judiciário, os dirigentes deste devem implementar políticas que permitam o eficiente funcionamento da máquina judiciária, a exemplo da racionalização do serviço judiciário no sentido de evitar que alguns órgãos fiquem sobrecarregados de processos enquanto outros se encontram com juízes e pessoal que pouco têm a fazer; qualificação de pessoal, principalmente dos juízes, porque temos como certo que o despreparo profissional desses agentes públicos é um dos motivos do retardamento dos processos; promoção de servidores e juízes exclusivamente pelo critério do mérito, de modo a aferir com seriedade e transparência a boa prestação jurisdicional e a capacitação profissional por meio de novas avaliações.

É também muito importante a participação da sociedade como um todo, principalmente através de entidades mais diretamente ligadas ao problema da justiça, como universidades, ordem dos advogados, associações de magistrados, bem assim da imprensa, desde que façam investigações sérias e consistentes a respeito da identificação das causas do problema, apresentem propostas de solução e exerçam pressão legítima sobre os responsáveis.

Inequivocamente, toda a sociedade sofre com um sistema judiciário prestado fora de tempo razoável, de maneira que a inércia das entidades da sociedade civil só contribuirá para que perdure tão grande mazela.

Capítulo XII

Acesso à justiça e o princípio da efetividade das decisões

SUMÁRIO : 1. Introdução. 2. Acesso à justiça e eficácia das decisões em confronto com os princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Acesso à justiça e eficácia das decisões nos processos em que em que o bem da vida sofre limitação temporal: o problema do julgamento em tempo suficiente. 4. Acesso à justiça, eficácia das decisões e tempo: o problema do fato consumado. 5. Acesso à justiça e eficácia das decisões contra o Estado: o problema do descumprimento das decisões judiciais por agentes do Estado.

1. Introdução

O princípio da efetividade das decisões judiciais é, por razões óbvias, um dos mais relevantes princípios constitucionais processuais. É muito forte sua relação com o princípio do acesso à justiça.

Conforme frisado acima, o próprio conceito de acesso à justiça envolve a ideia de efetividade das decisões judiciais, vale dizer, não basta garantir o acesso à justiça com uma **porta de entrada**, impondo-se também o acesso à justiça com uma **porta de saída**, que é uma decisão final justa e eficaz. É verdade que em situações excepcionais temos que conviver com situações de ineficácia das decisões sem que nada se possa fazer, a exemplo da sentença de prestação pecuniária se o devedor é absolutamente desprovido de qualquer recurso financeiro ou patrimonial. Mesmo nos casos em que se admite medida coercitiva extrema de decretação de prisão civil por dívida em casos excepcionais (dívida de natureza alimentar) não há como obter a eficácia da decisão, pelo menos nos sistemas democráticos de direito, porque tal coerção não pode ser aplicada se o devedor justifica a impossibilidade de pagamento. Mas, como visto, isso é excepcional, além do que a situação de ineficácia da sentença pode variar no futuro, a qualquer tempo, para uma situação de eficácia caso haja alteração da situação financeira ou patrimonial do réu.

Fora de situações assim tão insuperáveis, tolerar a ineficácia da sentença quando existem ou existiriam condições para o seu cumprimento é o mesmo que negar o acesso à justiça, além do que todos perdem, inclusive o Estado, com uma decisão ineficaz, na medida em que todos perderam tempo e dinheiro para resultar em nada. Podemos mesmo afirmar, sem exagero, que o Estado que produziu uma sentença favorável ao demandante, mas ineficaz, quando a mesma tem ou poderia ter condições de eficácia, na realidade negou acesso à justiça. Por outras palavras, na prática a situação de uma sentença ineficaz quando tem ou poderia ter condições de eficácia não é diferente da situação de falta de sentença ou mesmo de direta e franca negação de acesso à justiça no sentido estrito da expressão. Para o demandante vencedor isso é mais intolerável, produz mais inconformismo do que uma sentença desfavorável, na medida em que perdeu tempo e dinheiro, desgastou-se emocionalmente, obteve uma situação de “certeza” de um resultado prático equivalente ao direito lesado para tudo isso resultar em nada.

2. Acesso à justiça e eficácia das decisões em confronto com os princípios do contraditório e da ampla defesa

Tudo quanto até aqui exposto revela que um verdadeiro processo devido em direito protege não apenas o direito violado, mas também o direito ameaçado de violação; vale dizer, não basta a tutela repressiva, mas é imperiosa a garantia da tutela preventiva e da tutela inibitória, por via da tutela antecipatória ou da tutela cautelar, quando for o caso, inclusive por meio de liminares sem a prévia audiência do réu, se necessária tão situação extrema. Tudo isso apenas para garantir a eficácia das decisões.

Assim, não se pode enxergar aí qualquer inconstitucionalidade por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa ou ao princípio (maior) do processo devido em direito. Mais uma vez chama-se a atenção para o fato de que não estamos aqui diante de um conflito entre normas, mas sim de ponderação de interesses em face de situações de tensão envolvendo princípios constitucionais, situações estas que precisam ser superadas, por meio do princípio da proporcionalidade em face das circunstâncias do caso concreto. Deste modo, é necessária a convivência do princípio (constitucional) do contraditório com o princípio (constitucional) da efetividade das decisões, de maneira que se é certo que decisão proferida sem ouvir o réu é inconstitucional por ferir o princípio do contraditório, também é inconstitucional decisão que, justamente porque ouviu o réu quando as circunstâncias fáticas não permitiam, resultou numa decisão favorável ao autor, mas absolutamente ineficaz.

Assim, em regra o juiz deve aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa, de maneira que só deve conceder a tutela jurisdicional ao autor, sendo deste a razão, após ouvir o réu e após colher as provas exigidas nas circunstâncias do caso, até porque só há como o juiz afirmar que a razão é do autor

após toda esta tramitação processual. Até mesmo para apreciar requerimento de liminar de pedido cautelar ou requerimento de liminar de antecipação da tutela o juiz deve, em regra, ouvir o réu antes de apreciar tal requerimento. Se o prazo legal para contestação da demanda por si só envolver risco de ineficácia de futura e provável decisão de mérito em favor do autor, o juiz pode e deve conceder ao réu prazo menor que permita afastar essa possibilidade de ineficácia apenas para o fim de defesa quanto ao que será objeto da decisão, que é o requerimento de liminar. Mas existem situações excepcionais em que não há a menor possibilidade de ouvir o réu sem risco de ineficácia de provável decisão final de mérito em favor do autor, seja porque o tempo não permite, seja porque o réu que tiver conhecimento da demanda antes da decisão se efetivar poderá tornar essa decisão ineficaz. Só as circunstâncias do caso concreto poderão revelar qual o caminho que o juiz deverá seguir. Não pode o juiz, no entanto, transformar exceção em regra, concedendo liminar sem ouvir o réu quando havia possibilidade de tal audiência sem prejuízo da eficácia em caso de concessão, porque decidir ouvindo o discurso de apenas uma das partes é situação de razoável grau de possibilidade de erro da decisão, não sendo outra a razão de ser do próprio princípio do contraditório. De outro lado, assim como existe possibilidade de ineficácia da decisão final em favor do autor, também existe possibilidade de decisão final favorável ao réu, de maneira que a concessão de tutela cautelar ou de tutela antecipatória pode resultar em danos para o réu, caso este seja o vencedor da demanda. Nesse caso, o juiz deve, na medida do possível e sempre que for necessário, exigir caução do autor para o fim de garantir eventual necessidade de ressarcimento.

3. Acesso à justiça e eficácia das decisões nos processos em que o bem da vida sofre limitação temporal: o problema do julgamento em tempo suficiente

O problema da eficácia das decisões exige do juiz cuidado especial nos processos em que há relação direta entre o bem da vida objeto da causa e o tempo, de modo que para não gerar situações de ineficácia impõe-se aplicação de procedimento diferenciado a exigir solução mais rápida. É o caso, por exemplo, dos processos que têm por objeto mandatos eletivos (estatal ou privado, como o litígios eleitorais em entidades associativas privadas, geralmente com prazos mais curtos de mandato que os prazos de mandatos referentes a cargos públicos). Aqui entra em discussão a noção de **julgamento em tempo suficiente**, porque, do contrário, o mandato acaba, quem o exerceu ficou na vantagem, mesmo que tenha perdido a demanda, enquanto o vencedor obteve sentença ineficaz ou então sentença que proclama a perda do objeto da demanda. Tudo isso, no fundo, significa dizer negação de acesso à justiça.

Existem situações em que o nível de limitação temporal é tão curto que a única solução possível é a antecipação da tutela, inclusive, a depender das circunstâncias, sem ouvir o réu, de maneira que na hipótese de o autor não obter decisão final favorável haverá necessariamente perda do objeto da liminar e do próprio processo. Tome-se o exemplo de demanda em que a Administração nega a alguém o direito de inscrição num determinado concurso público, mas só foi possível entregar a petição inicial ao juiz no dia anterior ao início do exame dos candidatos; se o juiz negar a antecipação da tutela, na prática houve negação de acesso à justiça para a hipótese de a decisão final ser favorável ao autor, porque não há como anular o concurso prejudicando milhares de candidatos nem como fazer exame para apenas um candidato, porque as questões da avaliação teriam que ser diferentes, de modo que o princípio da igualdade entre os candidatos restaria quebrado.

Existem outras situações de curtíssima limitação temporal em que o juiz fica como que se estivesse num beco sem saída. Veja-se, por exemplo, o caso em que o juiz recebe petição inicial em que o autor pede, com requerimento de liminar, o desfazimento de arquibancadas de madeira, instaladas em frente à sua casa pelo réu, apenas durante festa popular que se realizará a partir do dia seguinte e durará apenas três dias; se o juiz concede o pedido de liminar de antecipação de tutela, mas a decisão final é favorável ao réu, a consequência será a irreversibilidade da medida; se a medida liminar de antecipação da tutela for negada, mas a decisão final for favorável ao autor não subsiste o objeto da causa.

Trata-se, pois, de especial situação da vida em que tudo no processo, pelo menos no que se refere à demanda em si mesma, se resolve em torno da decisão sobre o pedido de liminar, seja em caso de negativa seja em caso de concessão de tal pedido. Se a decisão sobre o pedido de liminar for coerente com a decisão final não haverá problema algum; mas em caso de desconformidade entre as duas decisões há, como visto, um completo desajuste sem qualquer possibilidade de reversão, vale dizer, ocorre verdadeira tragédia processual. Como o juiz não tem certeza de nada antes da decisão final, qualquer decisão que proferir sobre o pedido de liminar será a salvação ou será uma tragédia. Daí por que terá que decidir tal pedido com muito cuidado, apesar do pouco tempo de que dispõe, segundo as circunstâncias indicativas de maiores possibilidades em relação à decisão final, apesar de ter ouvido apenas as alegações do autor. Veja-se que ante tantas limitações e dificuldades em que o juiz se encontra, bem assim ante as circunstâncias do caso, poderá ele ter acertado quando proferiu a decisão liminar, apesar de a decisão final em última instância ter sido proferida em sentido contrário e assim ter resultado em cassação de tal decisão liminar. Essa possibilidade existe porque os dados fáticos, jurídicos e probatórios que o juiz que proferiu a decisão liminar tinha para decidir (apenas os fatos, argumentos e provas apresentados pelo autor) são muito diferentes dos dados fáticos, jurídicos e probatórios à disposição de quem proferiu a decisão final (tudo já existente no processo e mais a contestação sobre os fatos, os argumentos jurídicos e as provas apresentadas pelo réu). Por isso mesmo, esse problema em casos assim é de difícil solução ao se indagar de quem é a responsabilidade pelos danos sofridos pela parte prejudicada.

4. Acesso à justiça, eficácia das decisões e tempo: o problema do fato consumado

Não menos complicado é o problema do tempo no processo em vista de situações de fato consumado tendo em conta o acesso à justiça e a eficácia das decisões.

Com efeito, há casos em que, apesar de não se cogitar de tempo tão curto, como no caso anterior, são tão dramáticos em vista de que entre a decisão liminar concessiva de antecipação de tutela e a decisão final houve tanta demora que ao juiz encarregado de proferir essa decisão final não resta, na prática, outro caminho, embora existam condições materiais para a reversão da medida, senão confirmar a decisão liminar, desde que com um mínimo de razoabilidade.

Em casos assim, o mais grave é quando o juiz negou pedido de liminar de antecipação da tutela, mas ao final deu razão ao autor mediante sentença totalmente ineficaz, porque total e absolutamente inútil, exatamente pelo fato da negativa de liminar.

De fato, essa situação de tensão entre princípios no processo se acentua quando uma das partes obtém medida de natureza antecipatória e há demora excessiva da decisão final ou então há demora excessiva, mas o autor não obteve liminar de antecipação da tutela, mas obteve sentença final favorável totalmente ineficaz.

Na prática judiciária brasileira ocorrem casos com essas características em relação aos quais os tribunais vêm dando solução no sentido do que se convencionou denominar de **teoria do fato consumado**.

Existem, de fato, situações extremas que exigem aplicação da teoria do fato consumado. Não paira dúvida que o desejável é o Estado-juiz cumprir o princípio do processo em tempo razoável, tendo especial atenção para casos em que o tempo tem maior repercussão em torno dos direitos discutidos no processo, não se podendo aceitar que esse tipo episódico e incontornável de solução num ou noutro caso isolado sirva como remédio definitivo do problema e, assim, funcione como mecanismo de acomodação. Muito ao contrário, a excepcional aplicação da teoria do fato consumado haverá de servir como denúncia do descumprimento do dever fundamental do Estado de prestar atividade jurisdicional tempestiva e

eficaz e de exigência da real solução do problema.

No entanto, diante de determinadas situações concretas a teoria do fato consumado terá que ser aplicada, exigindo-se, evidentemente, um mínimo de razoabilidade da decisão concessiva da liminar que antecipou a tutela em confronto com a decisão final. A realidade é que o juiz que vai proferir essa decisão final não pode atropelar situações irreversíveis consolidadas pelo tempo apenas porque seu posicionamento pessoal é diverso do exposto na decisão concessiva da liminar, embora não tenha como negar a margem de razoabilidade do ponto de vista contrário, que, se seguido, confirma a decisão liminar.

Tome-se o exemplo de caso em que o autor, estudante, servidor público transferido pela Administração por necessidade do serviço, pede ao juiz transferência de universidade particular em que estudava no lugar em que se encontrava trabalhando para universidade pública existente no lugar para onde fora transferido, em face da rejeição do requerimento administrativo, e obtém liminar de antecipação da tutela, em decorrência do que o autor concluiu o curso superior, colou grau, inscreveu-se no órgão de classe e se encontra exercendo a profissão inerente a esse grau há alguns anos, e só após tudo isso é que houve o julgamento do recurso em última instância – ressalta-se que o juiz de 1º grau proferiu sua sentença tempestivamente confirmando a liminar. Ora, num caso assim pensamos que os juízes do tribunal de última instância que têm ponto de vista diverso do sustentado na sentença de 1º grau não mais podem impor seus posicionamentos a ferro e fogo porque a realidade da vida revela que essa situação se tornou irreversível. No caso, faz-se a seguinte pergunta: qual a utilidade de eventual decisão em sentido contrário? A resposta, sem sombra de dúvida, é “nenhuma”. Muito ao contrário, a essa altura dos fatos da vida uma decisão final em sentido contrário à decisão liminar em nada mais serve ao réu e só trará prejuízos ao autor. Nesse mesmo caso, triste e deplorável é a hipótese de o juiz ter negado o pedido de liminar, proferido sentença de improcedência rapidamente, mas o tribunal, apesar de expressar na decisão de última instância posicionamento favorável ao autor, demorou tanto em proferir tal julgamento que quando isso ocorreu o autor já tinha concluído os seus estudos em outra universidade, ou então, ante tanta demora, perdeu completamente o interesse pelos estudos. Nesse caso, houve fato consumado às avessas, por mais que não se queira encarar tal realidade. E o pior: negou-se acesso à justiça porque na prática houve denegação de justiça.

5. Acesso à justiça e eficácia das decisões contra o Estado: o problema do descumprimento das decisões judiciais por agentes do Estado

Problema especial no que se refere à eficácia das decisões judiciais se põe quando o próprio Estado figura na relação processual na qualidade de obrigado a cumprir a sentença. Esse problema ganha maior proporção quando a condenação contra o Estado tem caráter pecuniário.

Em verdade, num Estado de direito todos devem cumprir a lei e em especial as decisões judiciais, de maneira que é impensável que o próprio Estado se recuse a tal cumprimento. A rigor, não se deveria cogitar de execução contra o Estado, isto é, dando o juiz conhecimento da sentença passada em julgado ao funcionário responsável pelo cumprimento da obrigação, deveria este prontamente proceder tal cumprimento de imediato ou no tempo necessário à efetivação da medida, de maneira que a conduta desse agente estatal a tanto encarregado no sentido do descumprimento da decisão judicial é grave violação à ordem jurídica.³⁶⁸

Ocorre que se esse tipo de perplexidade tem cabimento no que se refere à execução da sentença, também ela teria cabimento, com mais forte razão no que diz respeito ao próprio antecedente processo de cognição. É que, inevitavelmente, o Estado julga o próprio Estado sempre por meio de seus agentes, isto é, qualquer ente ideal age sempre por meio de pessoas (apresentação). A solução que se deu a tal problema nos Estados democráticos de direito, como visto acima, foi a instituição de tribunais compostos por juízes independentes e imparciais no objetivo de realizar um processo justo e equitativo, o que

significa dizer, com mais forte razão, um processo eficaz, também quando o Estado se encontra envolvido na relação jurídica como parte litigante e, por acaso, é condenado a cumprir alguma prestação.

368. Como observado por Hans Kelsen, “uma execução do património do Estado parece uma explicação absurda da situação eventualmente existente quando o próprio acto de coerção é atribuído ao Estado e, por isso, uma execução forçada do património do Estado parece significar um acto de coerção que o Estado dirige contra si próprio. Esta interpretação, no entanto, pode ser evitada. A situação efectiva é esta: a execução forçada há-de se operar contra a vontade do órgão em cuja competência se integra a administração daquela parte do património tomada em consideração. A sua recusa a conformar-se com a ordem do órgão estadual executivo é feita com violação do seu dever funcional. O acto de coação, a ser necessário, dirigir-se-ia, de fato, contra este indivíduo”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Cit., pp. 211-212.

Assim, tal como colocado o problema, fica a impressão de que não existe execução contra o Estado. Ao propósito, a tese de que não existe possibilidade de execução forçada contra o Estado é defendida por muitos processualistas.³⁶⁹

369. Nessa linha de pensamento, afirma Humberto Theodoro Júnior que a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública “não tem a natureza própria da execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens. Trata-se de execução imprópria...”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, vol. IV, 1978, p. 534. A existência de execução contra a Fazenda Pública é também negada por Alfredo de Araújo Lopes da Costa, que chega a dizer que “se o Governo, que dispõe da força pública, não se submete ao julgado, não serão os oficiais de justiça que à Polícia ou ao Exército se possam opor. A requisição de força pública terá apenas efeito de uma pilhéria. Ela se acha sob a dependência do Poder Executivo. E seria inconcebível que êste, opondo-se ao ato a realizar, prestasse o auxílio para sua execução. O único remédio também aqui somente poderia ser a responsabilidade criminal”. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. Cit., p. 430. Em idêntico sentido, diz Cândido Dinamarco que “apesar da sentença afirmando que condena a Administração, a via propriamente executiva continua inacessível; apesar do concreto comando a cumprir a obrigação de fazer ou não -fazer, nenhum ato imperativo é realizado e nenhuma sob-rogação é possível, que conduza por si própria ao resultado jurídico-material almejado, sem o concurso da vontade do obrigado (daí a conversão em pecúnia). Trata-se, aí, de condenações aparentes, pois a eficácia de tais sentenças vai pouco além da mera declaração”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. Cit., p. 503.

Esses posicionamentos não podem ser aceitos. O juiz pode emitir três tipos de provimentos nos processos de conhecimento: de mera declaração; de constituição; de condenação. Nos dois primeiros casos, o provimento judicial realiza o direito por si só, porque não há qualquer prestação a cumprir.

No provimento de condenação a sentença envolve algum tipo de prestação, que pode ser de fazer ou não fazer alguma coisa, de entrega de alguma coisa ou de pagamento de determinada quantia em dinheiro. O cumprimento de sentença de prestação pode ocorrer de duas maneiras: primeiramente, por cumprimento voluntário após comunicação da mesma à parte obrigada para tal fim em determinado prazo, que não se configura obviamente, como indica o próprio nome, como execução; a segunda possibilidade, decorrente da não verificação da primeira, só pode ser a execução forçada, o que significa dizer que o juiz passa a praticar atos coercitivos para o fim de que a sentença seja cumprida. Isso é o que deve ocorrer em todo e qualquer tipo de sentença de prestação, seja quem seja a parte obrigada, inclusive o próprio Estado.

Determinados tipos de prestação permitem que a execução ocorra mais facilmente. Assim, por exemplo, na execução de entrega de coisa basta a expedição de mandado judicial de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se trate, respectivamente, de coisa móvel ou imóvel, com requisição de força policial, se necessário for. Cumprido o mandado, a sentença fora cumprida mediante execução, ou seja, não se pode dizer que só haveria execução se o obrigado chegasse ao extremo de resistir ao mandado judicial e que ato executivo só ocorreria mediante uso de força policial.

A execução de sentença que envolve obrigação de fazer com prestação fungível pode se concretizar por meio de terceiros atribuindo-se ao obrigado as despesas para tanto. A execução de sentença que envolve obrigação de fazer com prestação infungível é mais complexa e pode ocorrer contra a vontade do obrigado mediante os meios coercitivos previstos na ordem jurídica, podendo, no entanto, não se configurar a execução específica, porque tais medidas coercitivas podem não funcionar, de modo que a execução poderá ocorrer em carácter substitutivo (conversão da execução de obrigação de fazer em execução de pagar quantia em dinheiro, inclusive pelos danos causados).

Na execução de entrega de coisa e na execução de fazer ou não fazer alguma coisa não há distinção de procedimento pelo fato de a parte obrigada ser o Estado.

Em geral, sentença que condena o réu a pagar determinada quantia em dinheiro é mais complexa ainda, na medida em que o não pagamento terá que resultar na penhora de bens. Ressalte-se, de logo, mais uma vez, que o cumprimento da sentença antes da penhora de bens, seja quem seja o devedor, não significa que não houve execução, isto é, não faz sentido dizer que só há execução se ocorrer penhora e alienação de bens até final pagamento.

Ocorre que quando se trata de execução que envolve pagamento de quantia em dinheiro contra o próprio Estado, surge problema de maior complexidade, vez que normalmente o Estado costuma tornar os seus bens insuscetíveis de penhora por disposição legal.³⁷⁰ De todo modo, isso não significa dizer que não há execução contra o Estado, mesmo nos sistemas que não admitem penhora de qualquer bem estatal. Se o sistema jurídico admite penhora sobre determinados bens, uma vez não realizado o cumprimento voluntário da sentença, inicia-se a execução penhorando-se os bens necessários e suficientes. No sistema que não admite penhora de qualquer bem público resta ao funcionário responsável cumprir a sentença na forma legal.

370. No direito brasileiro todos os bens do Estado, porque inalienáveis, são absolutamente impenhoráveis nos termos do arts. 648 e 649, I, do Código de Processo Civil, combinados com os arts. 100 e 101, do Código Civil atual, que correspondem ao art. 67, do Código Civil anterior. Em função disso instituiu-se a partir da Constituição o pagamento pelo sistema de precatório, salvo os créditos de natureza alimentícia e de pequeno valor, conforme definido em lei. A Lei nº 10.099, de 19 de dezembro de 2000, regulamentou o parágrafo 3º do art. 100, da Constituição para alterar o artigo 128, da Lei nº 8.213, de 21 de junho de 1991, fixando o valor de R\$ 5.180,25 (cinco mil e cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) como limite máximo para o fim de pagamento aos credores de benefícios previdenciários no prazo de 60 (sessenta dias), contados da intimação da sentença dispensando precatório. Do mesmo modo, as causas da competência dos juizados especiais federais que envolvem

Assim, se o Estado, por conduta omissiva de seus agentes, deixa de cumprir voluntariamente qualquer sentença de prestação, salvo se o credor se mostra inerte, o que daí surge só pode ser execução da sentença, podendo variar o procedimento executivo.³⁷¹

Assim, são inaceitáveis eufemismos como “execução imprópria”, ou “execução indireta”, ou – o que bem pior

– admitir que a sentença vai pouco além da declaração, dando-se a entender que uma sentença de prestação contra o Estado não é provida de eficácia porque ficaria a depender da vontade do agente estatal responsável. Soluções desse tipo só servem para estimular o descumprimento de decisões judiciais sem qualquer consequência, o que lamentavelmente tem ocorrido na prática em muitos Estados que se proclamam democráticos de direito.³⁷²

obrigações de pagar quantia certa, cujo limite máximo é de 60 (sessenta) salários mínimos, o pagamento deve ser feito independente de precatório (arts. 3º e 17).

371. Como salientado por Vicente Greco Filho – discordamos desse autor, no entanto, quando inclui a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública dentre as que denomina de “imperfeita” ou incompleta”, como a execução de obrigação de fazer à custa de terceiro e a execução de fazer ou não fazer sob pena de multa cominatória, o que não é exato, porque o que varia na primeira, como visto, é apenas o procedimento –, “estamos, contudo, sempre, em sede de execução, porque, enquanto não satisfeito o crédito consagrado em decisão judicial, a determinação jurisdicional de cumprimento é executiva e, portanto, pertencente ao sistema de cumprimento da vontade concreta da lei pelo Poder Judiciário ou por sua ordem, ainda que isso interfira na esfera dos outros poderes da República”. GRECO FILHO, Vicente. **Da execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 13. Em idêntico sentido, afirma Francisco Wildo Lacerda Dantas que “o precatório constitui uma técnica destinada a permitir uma verdadeira execução contra a Fazenda Pública, por se considerar que a execução não se procede unicamente por meio de técnicas de sub-rogação, que exigem a constrição judicial dos bens do devedor, inaplicáveis, portanto, na espécie, ante a impenhorabilidade dos bens públicos, senão que também com a aplicação da técnica da coação, o que se complementa com a possibilidade do sequestro, constitucionalmente previsto, com natureza satisfativa e não cautelar”. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execuções contra a fazenda pública. Regime do precatório**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 160.

Deste modo, se é certo que a execução de sentença de prestação contra o Estado pode variar no procedimento apenas no que se refere às prestações pecuniárias, em compensação a resistência a seu cumprimento permite, em especial no que se refere às obrigações de fazer e de entrega de coisa, a detenção do funcionário que praticou tal ato, como última medida coercitiva que o juiz deve utilizar para tornar sua decisão eficaz.³⁷³

Com efeito, não pode ser diferente num Estado democrático de direito, no qual a força policial, embora subordinada ao Poder Executivo, está a serviço do Estado e não dos agentes do Executivo que estão a agir como delinquentes. Deste modo, a negação de requisição do Poder Judiciário para fazer cumprir decisão judicial, ainda que contra o Estado, só pode ser qualificada também como delinquência do agente policial responsável, e, de outro lado, como a mais grosseira situação de negação de acesso à justiça, além de estimular, nessa circunstância, ante o total descrédito nas instituições do próprio Estado, a justiça de mão própria e o consequente caos social.³⁷⁴

372. Como anotado por Lásaro Cândido da Cunha, “na verdade, optou o nosso legislador Constitucional estabelecer procedimentos diferenciados para a execução contra a Fazenda Pública, mas jamais deliberou atribuir ao ente executado a faculdade de cumprir a ordem judicial. Aliás, no Estado Democrático de Direito nenhuma pessoa natural ou jurídica, incluindo óbvio o próprio Estado, está imune ao cumprimento da lei”. CUNHA, Lásaro Cândido. **Precatório. Execução contra a fazenda pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 91.

373. Conforme por nós afirmado em trabalho anterior, “a experiência revela que em muitos casos envolvendo obrigações de fazer ou não fazer ou obrigação de entrega de coisa se verifica resistência em clara afronta à decisão judicial, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro padece da falta de norma que caracterize tal conduta, principalmente quando se tratar de agente público, como ilícito penal (desacato a decisão judicial), a exigir prisão em flagrante sem possibilidade de fiança até que a decisão seja cumprida sempre que se verificar a possibilidade de tal cumprimento. Se tal providência aparecer no direito brasileiro seguramente teremos uma jurisdição mais efetiva”. SOUZA, Wilson Alves de. **Tutela antecipada – obrigações de fazer ou não fazer – cabimento contra a fazenda pública**. Relatório apresentado como Coordenador de Grupo de Trabalho no Encontro Bahia-Minas de Juízes Federais, em Salvador, Bahia, em 1999, Brasília: TRF, 1ª Região, 2001, p. 85.

Deste modo, em casos extremos assim, como fica difícil, na prática, o cidadão resistir contra o próprio Estado e buscar a efetivação da decisão por mão própria, a solução que resta é o acesso aos tribunais internacionais.

Nesse contexto, decisão judicial passada em julgado exige o seu cumprimento por parte da autoridade administrativa competente, de maneira que é de se questionar os atos legislativos que admitem alguma causa de inexecução por parte do Estado.³⁷⁵

Parece-nos que essa cláusula aberta de causa legítima de inexecução pode incentivar o descumprimento de decisões judiciais, o que não é de boa política legislativa. Em verdade, não há lugar para o Estado invocar causa de inexecução de sentença para não cumprir decisão judicial passada em julgado.

Destarte, se o caso é de pretensão de impugnação da sentença passada em julgado, ao Estado cabe, como qualquer particular, propor as medidas legais necessárias para tanto, inclusive a de suspensão da execução, junto aos tribunais competentes, ressalvado o caso de medida impugnativa tempestivamente apresentada ter efeito suspensivo por força de lei, ressaltando-se que essa resistência não se caracteriza como inexecução da sentença.³⁷⁶

374. Como percebido por Rosemiro Pereira Leal, “torna-se evidente que, se o homem não se submeter às instituições jurídicas democráticas e plebiscitarizadas por ele próprio construídas, haverá inexoravelmente o regresso à barbárie, ainda que tenhamos um considerável desenvolvimento tecnológico”. LEAL, Rosemiro, Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 66.

375. O direito português trata da denominada causa legítima de inexecução por parte do Estado (ver artigos 162º, 164º, 5 e 6, 175º e 176º, da Lei nº 15, de fevereiro de 2002). No entanto, como ressaltado no texto principal e expresso nesta mesma Lei, não há lugar para alegação de inexecução da sentença sem qualquer consequência, ou seja, além da circunstância de que a inexecução da sentença só pode resultar de impossibilidade material ou situação equivalente reconhecidas pelo juiz, a obrigação que constava da sentença é substituída por dinheiro, resultando numa substituição da execução específica por execução por quantia certa (166º).

Outra possibilidade que se pode colocar à discussão é o fato de a sentença determinar ao Estado a entrega de coisa certa à parte contrária, e tal objeto ter perecido. Num caso assim cabe ao funcionário responsável pelo cumprimento da decisão comunicar de imediato o fato ao juiz competente para o fim das providências necessárias à execução substitutiva, ouvida a parte contrária. Se verdadeira a alegação, em verdade o caso não é de causa legítima de inexecução, mas sim de causa legítima de não cumprimento da obrigação específica constante da sentença, a exigir o cumprimento desta mediante prestação pecuniária em substituição.

Problema mais delicado é a indisponibilidade orçamentária para o imediato cumprimento de decisão que envolve prestação pecuniária. Esse tipo de alegação deve ter fundamento consistente acompanhado de

provas. Ademais, não significa causa de inexecução da sentença, sim alegação de impossibilidade de cumprimento imediato desta. Mais: o juiz competente deverá analisar tal alegação e, sendo o caso de deferir, exigir que sejam tomadas de imediato as providências necessárias para tanto, ouvindo-se a parte contrária.³⁷⁷

Em resumo, é absolutamente intolerável que os agentes estatais responsáveis pela Administração invoquem qualquer motivo para não cumprirem decisão judicial ou se arvorarem no poder de só cumprirem se e quando entenderem conveniente. E diferente não pode ser porque tal tipo de comportamento é, à evidência, incompatível com o Estado de direito, além do que, na linha do acima exposto, o caso se caracteriza como negação do acesso à justiça.

³⁷⁶.Nessa perspectiva, ver art. 741 do Código de Processo Civil brasileiro.

³⁷⁷. Como diz José Carlos Vieira de Andrade, “as autoridades administrativas apenas podem deixar de cumprir integralmente a sentença se ocorrer uma causa legítima de inexecução, que, nos termos da lei, serão só a impossibilidade absoluta e o grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença – sendo certo que, como, aliás, já acontecia antes, uma tal causa não pode ser invocada quando se trate de pagamento de uma quantia certa” E adiante: “Estamos perante uma relativa abertura da lei, embora a Administração não possa, só por si, determinar a existência de causas legítimas de inexecução, que terão que ser reconhecidas por acordo do interessado ou julgadas procedentes pelo juiz”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Justiça administrativa. Lições**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 375-376.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AGIRREAZKUENAGA, Iñaky. **Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte**. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: nº 57, ano 19, set/dez, 1999.

ALBANESE, Susana. **Garantías judiciales**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ALEXY Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução castelhana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Direito administrativo e fiscal. Lições do 3º ano do curso de 1996/97**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

_____. **Justiça administrativa. Lições**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

ARMELIN, Donaldo. **Acesso à justiça**. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Junho, 1989.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental ao processo em tempo razoável: fundamentos e conteúdo. Uma análise à luz do constitucionalismo luso-brasileiro**. Tese de doutoramento. Coimbra: 2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória**. In *Garantias constitucionais do processo civil* (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas**. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 190, ano 35, dezembro-2010.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Vol. 1º. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. **Processo, ideologia e sociedade**. Vol. I. Tradução e Notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARRIÓ. Genaro R.; CARRIÓ. Alejandro D. **El recurso extraordinario por sentencia arbitraria**. Tomo 1. 3ª ed. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 1ªed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas – São Paulo: Bookseller, 1998.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CUNHA, Lásaro Cândido. **Precatório. Execução contra a fazenda pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o direito (I) – Do realismo clássico à análise mítica**. Coimbra: Almedina, 1990.
- DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da**

limitação constitucional ao poder legislativo. Revista Forense, vol. CXVI, Rio de Janeiro: Forense, março, 1948.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execuções contra a fazenda pública. Regime do precatório.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo. Teoria da legitimidade democrática.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita. Aspectos processuais da lei de assistência judiciária (lei federal nº1.060/50).** 2ª ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2005.

DIEZ-PACAZO GIMÉNEZ, Ignacio. **El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.** In Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, nº 31, jan-abr, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito constitucional.** Vol. 1º, 1º tomo. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

DORIA, Rogéria. Dotti. **A Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DUCROCQ, Th. **Cours de droit administratif.** Tomo I. 7ª ed. Paris: A. Fontemoing, 1897.

DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel.** 4ªed. Paris: Bocard, 1923.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA JÚNIOR. César. **A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos.** In Fascículos de Ciências Penais, vol. 4, n. 1, janeiro/ março, 1991.

FAYT, Carlos S. **Evolución de los derechos sociales: del reonocimiento a la exigibilidad; el legado del siglo XX e los desafíos del siglo XXI.** Buenos Aires: La Ley, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Valladolid: Editorial Trotta, 1995.

_____. **Democracia e garantismo.** Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975. FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Do mandado de segurança.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, José Lebre. **A citação dos interessados como garantia no processo de expropriação.** In *Estudos sobre direito civil e processo civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FREITAS, Juarez. **Da substancial inconstitucionalidade da lei injusta.** Rio de Janeiro: Vozes, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).** In Revista de Administración Publica, nº 38, Madrid: Institutos de Estudios Políticos, may-ago/1962.

- _____. **Democracia, jueces y control de la administración.** 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del derecho.** 11ª ed. México, 1999.
- GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GETELL, Raymond G. **Historia de las ideas políticas.** Vol. I. Tradução: Teodoro González García. 2ª ed. Barcelona: Labor, 1950.
- GIDI, Antonio. **Defesa do consumidor – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor.** In *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, vol., 64, 1995.
- GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. **Garantías, principios y reglas del proceso civil.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires: Sem publicação editorial, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. **Da execução contra a fazenda pública.** São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- _____. **Benefício de prazo.** In *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 19, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia.** In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 29, jan-mar, 1983.
- _____. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- GUZZETTA, Giovanni. **Considerazioni sui rapporti tra libertà di associazione, potere delle confessioni religiose acattoliche e diritti dei fedeli alla tutela giurisdizionale.** In *Diritto e Società*, 1, Padova, 1999.
- HAYEK, Friedrich A. von. **Derecho, legislación y libertad.** Vol. II. *El espejismo de la justicia social.* madrid: Unión Editorial, 1979.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990.
- _____. **Teoria pura do direito.** Vol. II. 2ª ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amador, Editor, 1962.
- _____. **Teoria geral das normas.** Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice de procedura civile.** Milano: 1970.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.
- _____. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos.** Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Introducción a la ciencia del derecho.** Barcelona: Bosch, 1943.
- _____. **Filosofía del derecho.** 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1972.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Vol. I. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. **Nulidade da sentença proferida sem citação do réu.** In *Estudos sobre o processo civil*

brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2001.

LIMA, Alcides Mendonça. **Reconvenção**. In *Revista de Processo*, nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

LINARES, Juan Francisco. **El “debido proceso” como garantía innominada en la constitución argentina**. In *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*. La Plata: Tomo XIV, 1943.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução: Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Perspectiva jurídico-constitucional**. Dissertação para o Mestrado da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1991.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. In *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, n. 28. Curitiba: abril/junho de 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Vol. 4º. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

MEDAUAR, Odette. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRIM, José Manuel. **A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano da validade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo no limiar do século XXI**. Fortaleza: ABC FORTALEZA, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Igualdade e participação política da mulher**. In *O Direito*. Lisboa, Editora Internacional, ano 130, I-II, jan/jun, 1998.

_____. **Comentários ao código de processo civil de 1973**. 5ª ed., rev. e aum. Vol. I, 1995.

MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e commercial**. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Sem indicação do tradutor. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Fundamentação tridimensional da sentença**. Cartilha Jurídica n. 65. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, maio, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo**. In *Temas de direito processual civil*. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In *Temas de direito processual civil*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORELLO, Augusto Mario. **El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación**. In *Participação e processo* (Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **O benefício da dilatação do prazo para o ministério público no direito processual civil brasileiro**. In *Revista de Processo*, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLLERO, TASSARA, Andrés. **Derechos humanos y metodología**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. In *Garantias constitucionais do processo civil* (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OTERO, Paulo. **Lições de introdução ao estudo do direito**. Vol. I, 2º tomo. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999.

PALACIO, Enrique Lino. **Manual de derecho procesal civil**, 13ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 6ª ed. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In *Revercor. Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891 – 1981*. Saraiva, 1981.

_____. **Súmula vinculante**. In *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria geral dos procedimentos especiais**. In *Procedimentos especiais: legislação extravagante* (Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr). São Paulo: Saraiva, 2003.

- _____. **A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos.** In *Acesso à justiça* – Coordenador Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Actos de governo e contencioso de anulação.** In *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. XLV. Universidade de Coimbra. Coimbra: 1969.
- QUEIROZ, Cristina, M. M. **Os actos políticos no estado de direito. O problema do controle jurídico do poder.** Coimbra: Almedina, 1990.
- _____. **Direitos fundamentais (teoria geral).** Editora Coimbra, 2002.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- REALE, Miguel. **Questões de direito público.** São Paulo: Saraiva, 1997.
- RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **La sentencia.** Barcelona: Bosch, 1974.
- SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do poder público por atos judiciais.** Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** Vol. 3º. 11ªed. São Paulo: Saraiva: 1990.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil.** Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita.** São Paulo: Método, 2003.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes.** In *Revista LTr*. São Paulo: Ano 50, fevereiro, 1986.
- _____. **Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas.** In *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, vol. VI, 1999.
- _____. **Sentença civil imotivada.** Salvador: Juspodivm,
- _____. **Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – breves comentários à proposta do poder executivo de alteração do § 1º do art. 273 do código de processo civil.** In *A segunda etapa da reforma processual civil* (org. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr). São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Tutela antecipada – obrigações de fazer ou não fazer – cabimento contra a fazenda pública.** Relatório apresentado como Coordenador de Grupo de Trabalho no Encontro Bahia-Minas de

Juizes Federais, em Salvador, Bahia, em 1999, Brasília: TRF, 1ª Região, 2001.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 20ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença**. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, julho-setembro, 1980.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. IV. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALENTE, Luiz Ismaelino. **Impugnação de convenção partidária: questão interna corporis? Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, nº 45, set. 2000. Disponível em: «<http://jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=1526>». Acesso em 01 set. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica**. 3ªed. Rio de Janeiro: Malheiros,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas**. In *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAVARIZE, Rogério Bellantini. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas – São Paulo: Millenium, 2004.

Sites consultados na Internet:

www.echr.int

www.ibge.gov.br

www.oas.org

www.stf.gov.br

Produção gráfica:

Couto Coelho – E-mail: coutovsk@yahoo.com.br